

Pouvoirs-débat :

LOUIS FAVOREU

Souveraineté et supraconstitutionnalité

I – La question a été posée sous un angle particulier — qui ne sera pas exactement le nôtre — lors du débat sur la ratification du traité de Maastricht : il a été soutenu, notamment par Léo Hamon¹, que les accords de Maastricht auraient pour conséquence de remettre en cause le principe de souveraineté nationale ; or en 1958 comme en 1946 le constituant a proclamé son attachement aux principes de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et à la souveraineté nationale qui constituent ce que l'on peut appeler la supraconstitutionnalité ; il en résulte que même le constituant ne peut y porter atteinte, notamment pour permettre la ratification d'un traité.

Le doyen Georges Vedel a contesté la validité d'un raisonnement de cette nature au nom de la souveraineté du pouvoir constituant (même dérivé) : « L'idée simple et seule vraie (à moins qu'on ne recoure au droit naturel) est que... le pouvoir constituant dérivé est l'expression de la souveraineté dans toute sa plénitude... » Et cette dernière analyse semble avoir été confirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 2 septembre 1992 : « Considérant que... le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle. »

On pourrait alors penser que la question a été tranchée et que la conception traditionnelle l'a emporté. Mais ce n'est pas si sûr car la

1. In *La Constitution de l'Europe*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 221, 279.

décision précitée du Conseil constitutionnel comporte d'autres aspects qui peuvent conduire à une autre interprétation ; en outre, la question n'a été posée que d'une seule manière ou sous un angle du droit international ; enfin, le contexte dans lequel se situe le débat n'est plus le même aujourd'hui qu'il y a vingt ou trente ans.

I — LE CONTEXTE DANS LEQUEL SE POSE LE PROBLÈME

2 — Les temps ont 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.

Lorsque Duguit ou Hauriou affirmaient la supraconstitutionnalité de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen — se comportant d'ailleurs beaucoup plus en jusnaturalistes qu'en juspositivistes¹ — il n'existait pas de justice constitutionnelle, les révisions constitutionnelles étaient extrêmement rares (notamment en France) et les normes supranationales, de type communautaire, n'avaient pas encore été inventées. Duguit et Hauriou ne pouvaient s'appuyer sur une véritable pratique de la révision puisque deux lois constitutionnelles seulement — au surplus à portée très limitée — étaient intervenues en une cinquantaine d'années. Quant à la justice constitutionnelle, ils ne la connaissaient qu'à travers l'exemple américain par ailleurs intransposable en France. Ils pouvaient donc difficilement imaginer ou préfigurer la problématique de la supraconstitutionnalité telle qu'elle s'est développée aujourd'hui en droit constitutionnel comparé européen.

3 — En effet, les éléments suivants — totalement inenvisageables du temps de Duguit et Hauriou — fournissant la clé d'explication du problème actuel de la supraconstitutionnalité.

Tout d'abord, *la banalisation de la révision constitutionnelle* ou plus exactement des interventions du pouvoir constituant dérivé sous forme de lois constitutionnelles venant modifier la Constitution ou bien la compléter. Alors qu'en France, la révision constitu-

1. Voir en ce sens, Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, 1928 (réédit., Economica, 1986), p. 99 ; voir aussi S. Rials, Supraconstitutionnalité et systématisme du droit, *Archives de philosophie du droit*, 1986, t. 31, p. 58-59.

tionnelle est longtemps restée une institution dont on parlait toujours mais dont on ne se servait jamais, l'intervention du pouvoir constituant est fréquente dans les pays tels que l'Autriche, l'Allemagne, l'Italie, la Belgique ou le Portugal. Comme l'a montré un récent colloque de l'Association française des constitutionnalistes¹, la doctrine française n'a jamais eu que très peu de matériaux à sa disposition car on ne compte qu'une vingtaine de révisions en deux siècles² ; alors que, dans d'autres pays européens, elle a eu très largement de quoi alimenter sa réflexion. En conséquence, les mêmes affirmations — mettant l'accent sur la souveraineté sans limites du pouvoir constituant — sont reprises traditionnellement, depuis le XIX^e siècle, par les auteurs français ; et là s'arrête la problématique. En fait, les choses vont changer certainement à partir du moment où la révision constitutionnelle perd son caractère quelque peu mythique pour entrer dans un univers beaucoup plus concret, qui est celui de la procédure de vote des lois constitutionnelles, de leur contenu et de leur éventuel contrôle.

La deuxième différence fondamentale avec la situation d'avant-guerre est que désormais existe un juge constitutionnel qui exerce un véritable contrôle sur les lois votées par le Parlement. La sanction de la supraconstitutionnalité n'est donc pas totalement utopique — comment elle l'était au début du XX^e siècle — car sont en place l'institution et les circonstances qui permettent d'assurer ce contrôle au niveau inférieur. Qui plus est, certains Etats ont franchi le pas en autorisant le contrôle des lois constitutionnelles elles-mêmes par le juge constitutionnel : il en est ainsi en Allemagne. Dans d'autres pays comme l'Autriche ou l'Italie le juge constitutionnel s'est reconnu cette possibilité. Dès lors, à la banalisation de la révision constitutionnelle s'ajoute la banalisation du contrôle des lois constitutionnelles. Et de cela découle l'idée de plus en plus admise et elle aussi banalisée³ d'une hiérarchie entre les normes constitutionnelles, certaines d'entre elles constituant le noyau intangible qui ne peut être atteint même par des lois votées en la forme constitutionnelle. Ceci ne faisant qu'illustrer, en réalité, la tendance observée dans les pays dotés d'une justice constitutionnelle (y compris la France) et selon laquelle il y a une élévation

1. Journée d'études du 20 mars 1992, in *La révision de la Constitution*, Paris, Economica et PUAM, 1993.

2. Cf. Ph. Ardant, *op. cit.*, p. 81.

3. Voir, pour une série d'exemples, les actes de la V^e Conférence des cours constitutionnelles, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, VI, 1990, p. 15 et s.

constante du niveau auquel doivent être prises les décisions : la voie réglementaire est délaissée au profit de la voie législative, laquelle à son tour est considérée comme insuffisante dès lors que sont en cause certains droits et libertés ; et même la voie constitutionnelle n'est pas plus jugée praticable lorsqu'il est touché aux bases mêmes du système juridique et de la société dans un pays donné. L'aiguilleur suprême qu'est le juge constitutionnel doit désormais tenir compte des normes supraconstitutionnelles pour déterminer la voie à suivre pour réaliser telle ou telle réforme.

Enfin, le troisième élément de différenciation tient au contenu de la supraconstitutionnalité : en effet, jusqu'à l'après-guerre, on ne pouvait mettre dans la supraconstitutionnalité que du droit naturel, voire surnaturel ; tandis que depuis les années cinquante, et de plus en plus, on peut y mettre des normes de droit positif tirées du droit international ou du droit communautaire et européen et que l'on peut dénommer — faute de mieux — des normes internationales ou supranationales supraconstitutionnelles. On peut même considérer que des jurisprudences concordantes des cours constitutionnelles découlent une série de principes communs à l'ordre constitutionnel des divers pays européens, et que l'on peut appeler des « normes transnationales supraconstitutionnelles »¹.

II — LES DEUX ASPECTS DE LA SUPRACONSTITUTIONNALITÉ

4 — Bien évidemment les considérations qui précèdent ne permettent pas, à elles seules, de résoudre le problème posé par le doyen Vedel (à savoir : peut-il y avoir une supraconstitutionnalité et une soumission du pouvoir constituant à son respect ?) ; mais elles y contribuent en clarifiant la manière dont le problème doit être posé.

En fait, celui-ci est à envisager sous un double angle, selon que l'on considère la supraconstitutionnalité interne ou la supraconstitutionnalité externe.

A) *Souveraineté et supraconstitutionnalité interne*

5 — La question est de savoir si les lois constitutionnelles adoptées par le pouvoir constituant dérivé peuvent se voir imposer le

1. Déjà en 1981 Mauro Cappelletti annonçait la naissance d'une justice et d'un droit constitutionnel transnationaux (in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica et PUAM, 1982, p. 484 et s.).

respect de normes supraconstitutionnelles *nationales*, c'est-à-dire issues de la Constitution elle-même ou déduites de celle-ci, et protégeant notamment la souveraineté nationale.

Pour le doyen Vedel, ceci est exclu pour trois raisons : 1° le pouvoir constituant dérivé est l'expression de la souveraineté dans toute sa plénitude et la souveraineté n'a pas de limites ; 2° la supraconstitutionnalité « emprunte au droit naturel sa commode plasticité » ; 3° le contrôle des lois constitutionnelles par le Conseil constitutionnel « mettrait en cause, à plus ou moins long terme, l'équilibre démocratique et le contrôle de constitutionnalité » parce que celui-ci n'a de légitimité que dans la mesure où il n'a pas le dernier mot en ce sens que le pouvoir constituant peut toujours venir démentir ou corriger les décisions et la jurisprudence du juge constitutionnel¹.

Il paraît difficile de ne pas se rallier à ce raisonnement. Cependant, on ne peut y adhérer totalement du fait — ainsi qu'il a été dit plus haut — du changement qu'a connu le droit public au cours des dernières années. Tout d'abord, la supraconstitutionnalité n'a pas aujourd'hui besoin d'emprunter au droit naturel car il y a désormais un fonds commun de principes transnationaux qui peuvent — s'il en est besoin — compléter ou conforter son interprétation de la Constitution. Ensuite, s'il est vrai que le juge constitutionnel peut difficilement censurer le législateur sans que ses décisions soient susceptibles d'appel devant le pouvoir constituant, on conçoit tout aussi 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 ou 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.

6 — Il est vrai que, comme le remarque le doyen Vedel, les limites procédurales ou de fond inscrites dans la Constitution peuvent être modifiées par le pouvoir constituant lui-même dans un premier temps, afin de pouvoir, dans un second temps, réaliser la révision prévue sans aucune limite. Et c'est en ce sens que l'on s'est demandé parfois si la supraconstitutionnalité interne était une vraie supraconstitutionnalité².

1. G. Vedel, *op. cit.*, *RFDA*, 1922, p. 178-179.

2. Voir en ce sens les remarques de P. Wachsmann au Colloque de Strasbourg (17-18 juin 1993).

On remarquera tout d'abord 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 pas, en *période normale*, censurer la démarche ci-dessus décrite ; mais, en *période normale*, le pouvoir constituant n'oserait pas y procéder.

B) *Souveraineté et supraconstitutionnalité externe*

7 – Il s'agit ici de savoir si les normes constitutionnelles peuvent être soumises au respect de normes internationales ou supranationales, et donc bien évidemment si la souveraineté nationale ne doit pas être considérée comme atteinte au cas de réponse positive.

8 – Un certain nombre de constitutions européennes ont contenu des dispositions faisant obligation aux Etats concernés de respecter des limitations imposées par des textes internationaux.

De manière plus récente, les Etats membres de la Communauté européenne et du Conseil de l'Europe ont incontestablement à se conformer à de très nombreuses normes et prescriptions, dont certaines peuvent être en désaccord avec leur Constitution. Et il est considéré que même les normes constitutionnelles doivent s'incliner devant les normes communautaires ou européennes.

Il semble qu'il n'y ait jamais eu, jusqu'ici, de contrôle de conformité des lois constitutionnelles aux normes internationales ou supranationales opéré par un *juge constitutionnel national*. Encore qu'en France, les dispositions de l'article 54 de la Constitution puissent être interprétées comme permettant un tel contrôle, du moins lorsqu'il s'agit d'autoriser l'insertion d'un nouvel engagement international dans l'ordre juridique interne.

Mais on peut aussi envisager la question sous l'angle du contrôle par un *juge international ou supranational*, de la conformité des normes constitutionnelles nationales aux normes internationales ou supranationales. Et ceci n'est pas une hypothèse d'école. En effet,

récemment, 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'homme¹. D'autres cas du même type seront sans doute relevés au cours des prochaines années. D'ores et déjà d'ailleurs, dès lors que, comme en Espagne les dispositions constitutionnelles doivent être appliquées à la lumière des prescriptions de la Convention européenne (telles qu'interprétées par la Cour européenne) la supraconstitutionnalité externe est en voie d'installation.

9 – On peut estimer 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, mais aussi sans doute de celle de Luxembourg, une déclaration de non-conformité à la Convention européenne des droits de l'homme ou aux principes proclamés par le traité de Maastricht, notamment en matière de protection des droits fondamentaux.

Sur ce dernier point, on peut renvoyer aux observations d'un spécialiste : « ... l'expérience communautaire montre que les problèmes de respect des droits fondamentaux sont présents dans tous les aspects de l'activité communautaire, qu'il s'agisse de la conformité des réglementations communautaires avec les droits fondamentaux ou qu'il s'agisse du *conflit entre l'une des quatre libertés établies par le traité et un droit garanti par une Constitution nationale* »².

Les dispositions constitutionnelles nationales ne sont donc pas à l'abri d'un contrôle supranational de supraconstitutionnalité.

En définitive, le paradoxe est que la supraconstitutionnalité interne ne protège pas la souveraineté nationale, puisque, comme l'a montré l'affaire du contrôle du traité de Maastricht par le Conseil constitutionnel, le pouvoir constituant même dérivé ne peut se voir opposer, en droit français, des normes supérieures tirées de la Constitution et protégeant cette souveraineté. Et la supraconstitutionnalité externe peut permettre quant à elle de porter atteinte à la souveraineté nationale en soumettant les lois constitutionnelles à un contrôle de supraconstitutionnalité.

1. Cf. les observations de F. Sudre sur l'arrêt du 29 octobre 1992, *Open door c/ Irlande*, *RFDC*, 13-1993, p. 217 et s.

2. J.-P. Jacque, in *Rev. trim. Dr. europ.*, 1992, p. 257.