GEORGES VEDEL

Souveraineté et supraconstitutionnalité[1]

1 – Le thème de la souveraineté et celui de la supraconstitutionnalité s'entrecroisent sur plusieurs points. On en retiendra ici deux, les plus importants.

Le premier met en cause la question de savoir qui est titulaire de la souveraineté, car s'il existe des normes supraconstitutionnelles l'autorité qui pose ces normes ou peut les ahroger ou les modifier est nécessairement ce titulaire.

Le second — par une sorte d'inversion de la question — intéresse l'utilisation, encore récemment tentée, du concept de supraconstitutionnalité pour mettre hors de toute atteinte le principe de la souveraineté nationale qui interdit de placer la souveraineté hors du cadre politico-géographique de la nation.

Dans ce qui suit on ne traitera pas ces deux questions séparément car si, comme nous voudrions le montrer, la notion de supraconstitutionnalité doit être écartée en tant qu'elle implique qu'il existe un corps de normes juridiques de droit interne supérieures à la Constitution, le point de savoir si la souveraineté nationale appartient à ce corps n'a évidement pas de sens.

2 – Avant d'exposer à la contradiction une opinion hostile à la notion de supraconstitutionnalité, il n'est pas inutile de déblayer le terrain et de circonscrire le débat.

1. En raison de circonstances dont le détail serait sans intérêt pour le lecteur, l'auteur, loin de toute bibliothèque, n'a pu pourvoir son étude de l'appareil de références jurisprudentielles et bibliographiques de rigueur. Il demande qu'on veuille bien l'excuser et s'engage à combler cette lacune si l'occasion lui en est un jour donnée.

Bien entendu, 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. La discussion ne commence que si le contradicteur supposé leur attribue la nature de règles de droit. Cette attribution, en elle-même abstraite, a un effet opératoire qui est double et qui lui donne un sens : l'autorité (abrégé) investie du pouvoir constituant ne peut ni abroger ni modifier une norme supraconstitutionnelle ; le juge constitutionnel (abrégé encore) en cas de conflit entre une norme supraconstitutionnelle et une norme constitutionnelle doit appliquer celle-là et écarter celle-ci.

De ces deux assertions, la seconde est d'ailleurs seule décisive. Car s'il n'existe pas de juge pouvant déclarer inopérante une disposition constitutionnelle contraire à une norme supraconstitutionnelle, le caractère juridique de cette dernière demeure platonique.

La pierre de touche finale se trouve dans une alternative passée au rang de banalité : si le juge ne croit pas à la supraconstitutionnalité comme à un corps de règles de droit et si sa conscience est révoltée par la norme constitutionnelle contraire, en homme de devoir il refuse de l'appliquer mais en démissionnant. S'il croit à un droit supraconstitutionnel, il demeure sur son siège et invalide la norme constitutionnelle. Il ne lui restera plus qu'à expliquer de quelle nuée il a reçu la révélation des Tables de la Loi.

3 – Pour la pleine intelligence de ce qui va suivre, précisons qu'il n'y a pas, à nos yeux, d'objection véritable à ce que certaines règles de droit international soient supérieures à la Constitution nationale. Il en est ainsi notamment quand cette supériorité découle de la Constitution, soit selon le texte originaire de celle-ci, soit en vertu d'une révision constitutionnelle *ad hoc* (comme ce fut le cas pour permettre la ratification du traité de Maastricht). Que cette supériorité de la norme internationale sur la norme nationale soit regardée comme relevant du concept de « supraconstitutionnalité » est grammaticalement acceptable. Mais dans cette acception la supraconstitutionnalité découle d'un agencement hiérarchique de règles de droit positif, généralement écrites, que l'on peut, sur le terrain politique, approuver ou condamner, mais qui n'appelle pas le même examen ni, à nos yeux, le même refus que la supraconstitutionnalité fondée sur la simple affirmation du locuteur.

Notre position est inverse de celle des tenants de la valeur supraconstitutionnelle de la souveraineté nationale. Pour nous, la souveraineté nationale ne peut, au regard de la Constitution, béné-

ficier 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. Et c'est justement de cette position que dérive la possibilité d'une supraconstitutionnalité de caractère international. Pour ceux qui, au contraire, dotent la souveraineté nationale d'un statut de supraconstitutionnalité, il s'ensuit qu'il ne peut exister de supraconstitutionnalité internationale puisque celle-ci à l'instant même où elle prendrait naissance se heurterait à la souveraineté nationale en possession d'état de la supraconstitutionnalité.

4 – Le champ du débat contradictoire est ainsi délimité : on ne contestera pas la possibilité de qualifier de supraconstitutionnelles des règles non juridiques de caractère éthique ou politique ; on ne contestera pas davantage que, sous le même nom, quoique dans un sens très différent, on puisse désigner des règles de droit international que le droit national, même de rang constitutionnel, doit respecter (sans, pour faire bref, entrer ici dans l'examen des conditions et des effets de cet agencement hiérarchique).

Le problème est ainsi ramené à une formulation simple que l'on a déjà esquissée. L'ensemble des règles de valeur constitutionnelle de l'Etat français est identifié par la référence au texte constitutionnel de 1958, de la Déclaration de 1789, du Préambule de 1946 et, par renvoi de ce dernier, aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Peut-on concevoir que, soit au sein de cet ensemble, soit en dehors de lui, il existe des normes juridiques d'un rang plus élevé, ce qui, en termes opératoires, voudrait dire qu'elles seraient hors de la compétence du pouvoir constituant, et que le juge constitutionnel devrait les faire prévaloir sur les autres règles de rang constitutionnel ?

Notre réponse est résolument négative et ceci pour trois raisons :

— le droit positif français ou, si l'on préfère, notre pratique juridique ne connaissent pas de règles juridiques de rang supraconstitutionnel ;
— le concept de normes juridiques supraconstitutionnelles est logiquement inconstructible ;
— la supraconstitutionnalité est dangereuse pour l'ordre juridique démocratique.

On va s'efforcer d'expliciter ces trois propositions.

I — IL N'EXISTE PAS, EN DROIT POSITIF FRANÇAIS, DE NORMES JURIDIQUES D'UN RANG SUPÉRIEUR A CELUI DE LA CONSTITUTION

5 – La démonstration de cette première assertion tient en deux points :

— tout d'abord 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 origine extraconstitutionnelle ;
— en second lieu, il ne reconnaît pas davantage, dans l'ensemble des dispositions de valeur constitutionnelle, une hiérarchie permettant de faire apparaître une sorte de para-supraconstitutionnalité (avec toutes nos excuses pour cette formulation barbare mais, nous l'espérons, claire).

6 – Le Conseil constitutionnel est mal récompensé de la rigueur avec laquelle il réserve au pouvoir constituant la « puissance initiale » et avec laquelle il s'interdit de reconnaître comme norme juridique de valeur constitutionnelle toute règle qui ne résulterait pas d'un texte de façon directe ou dérivée. Or, il existe, assez largement répandue dans le monde de la politique et des médias et, à un moindre degré, des juristes, une opinion contraire. Il est soutenu, non seulement que, sous couvert d'interprétation des textes le Conseil peut être amené à une véritable création de règles nouvelles — ce qui est une chose — mais encore que, même sans cette couverture, le Conseil énonce des normes que, délibérément, il s'abstient de rattacher à un texte — ce qui est autre chose.

L'erreur ainsi commise s'explique mais ce n'est pas moins une erreur.

Elle trouve sa première source dans le fait qu'au moins pendant un certain temps, le Conseil a négligé de mentionner expressément la source textuelle de telle règle à laquelle il reconnaissait valeur constitutionnelle. Il en a été par exemple ainsi pour le principe de continuité des services publics. Mais on peut sans effort d'imagination trouver, et même avec surabondance, les fondements textuels du principe : par exemple l'article 5 de la Constitution ou, tout bonnement, les lois de la République qui ont tenu pour « fondamental » le principe en question.

Une autre source d'erreur tient aux emplois divers que reçoit

dans le langage juridique le terme de « principe » avec, dans beaucoup de cas, l'épithète « général ». Le rapprochement se fait de façon quasi automatique avec les « principes généraux du droit » qui sont la manifestation la plus éclatante du pouvoir normatif du juge administratif. De là l'opinion selon laquelle, à l'instar de ce dermier, le juge constitutionnel disposerait d'une puissance normative initiale.

Mais — outre ce qui pourrait être dit de la nature exacte des principes généraux du droit car le Conseil d'Etat les « découvre » plus qu'il ne les « invente » — le « principe » ou « principe général » dans le langage du Conseil constitutionnel est un terme sémantique non juridique. Il s'agit de sommer des règles comme les autres, prenant comme les autres leur racine dans un ou plusieurs textes, mais ayant des applications très diverses. Quand le Conseil constitutionnel invoque le « principe » d'égalité, il n'entend pas renier les textes constitutionnels qui en sont la source. Mais *brievitatis causa,* il en unifie l'expression de la façon la plus générale.

Enfin, troisième source d'erreur : une mauvaise compréhension de ce que sont les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Ici encore la reconnaissance de tels principes par le Conseil constitutionnel renvoie à des textes, d'ailleurs enserrés entre certaines dates et la sélection entre ces textes, selon qu'on peut ou non en déduire le caractère fondamental des principes qui les inspire, si elle comporte une indéniable liberté d'interprétation, n'est pas arbitraire.

7 – Dans ce qui précède nous avons voulu montrer que le Conseil constitutionnel ne reconnaît comme règles de droit de valeur constitutionnelle que celles qui ont un fondement direct ou dérivé dans un texte de valeur constitutionnelle. La porte est ainsi close à une supraconstitutionnalité qui se glisserait à la faveur d'une pratique contraire qui, selon nous, n'a jamais eu cours.

Mais 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 » ?

A entrer dans cette voie, on ne reconnaîtrait certes pas une

supraconstitutionnalité, mais ce que l'on a appelé plus haut une « para-supraconstitutionnalité » ou, si l'on préfère, une « supraconstitutionnalité incomplète ». En effet, la thèse en elle-même n'implique pas que les normes de premier rang tout comme celles de degré inférieur échappent à toute tentative de révision constitutionnelle, c'est-à-dire au pouvoir constituant ; elles ne sont donc pas à la lettre « supraconstitutionnelles ». Le juge, pourtant, serait tenu de leur donner la préférence en cas de conflit avec d'autres règles de valeur constitutionnelle, mais de rang inférieur, ce qui est partiellement un « effet équivalent » à celui de la supraconstitutionnalité.

Mais, pour qui croit à cette hiérarchie des règles à l'intérieur de la Constitution, il peut y avoir une sorte de tremplin pour s'élever à la pleine supranationalité. C'est de soutenir que telle ou telle règle de premier rang — la souveraineté nationale par exemple — est, en vertu d'une argumentation que l'on retrouvera plus loin — hors de l'atteinte du pouvoir constituant lui-même.

8 – Pour l'instant, c'est de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qu'il s'agit. Sur la supraconstitutionnalité « incomplète » ou « complète » qui s'attacherait, au sein de l'ensemble des normes constitutionnelles, à certaines d'entre elles, qu'en est-il exactement ?

Un premier point doit être clair. Il est certain que toutes les dispositions de valeur constitutionnelle n'ont pas la même importance ni la même dignité morale ou politique. Mais la question ici posée est celle d'une hiérarchie juridique qui ne ressort pas de la lecture même des textes constitutionnels. 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.

Cependant, dira-t-on, le Conseil constitutionnel admet dans sa jurisprudence, notamment en matière de protection des droits et libertés, une hiérarchie qui n'est pas purement morale ou politique mais juridique, puisqu'elle le conduit en cas de conflit entre droits, libertés, principes, objectifs de valeur constitutionnelle, à faire prévaloir certaines normes sur d'autres. La liberté individuelle, la liberté de communication seraient au premier rang ; le droit de propriété ou la liberté d'entreprendre au second.

Cette affirmation mériterait d'être examinée méthodiquement, décision par décision. On ne peut le faire dans le cadre de cet article. Est-il permis de dire cependant qu'elle correspond plus à une impression de lecture qu'à une analyse ?

Sur ce point il faut faire deux observations.

La première est que, pour assigner à deux règles différentes leurs rangs respectifs, l'expérience cruciale est celle d'un conflit entre ces règles. Si elles sont de rang différent, l'une d'elles est totalement préférée à l'autre. Si elles sont de même rang, il convient, après vérification de la réalité du conflit, de les concilier, c'est-à-dire de rechercher la solution qui permettra le meilleur équilibre possible. Or, dans les conflits entre 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.

La seconde observation est que cette conciliation s'opère non par une préférence systématique donnée à tel droit, liberté, principe, objectif de valeur constitutionnelle sur tel autre, mais par une pesée concrète, le plus souvent à la lumière du principe de proportionnalité. Par exemple, le Conseil constitutionnel ne se demande pas si le droit de grève doit juridiquement prévaloir sur le droit de propriété, sur le droit au travail, sur la sécurité des personnes et des biens, sur la continuité des services publics. Mais dans les cas où il doit juger de la constitutionnalité d'une loi à propos de laquelle ce droit entre en conflit avec un autre droit, principe ou objectif de valeur constitutionnelle, il examinera concrètement si, dans telle perspective envisagée par la loi qui lui est soumise, le sacrifice imposé au droit de grève au nom par exemple de la continuité des services publics ou de la sécurité des personnes et des biens est nécessaire ou au contraire excessif. Et il n'aboutira pas à la même solution si le législateur a voulu réglementer le droit de grève à la télévision ou dans les installations nucléaires. Cette pesée (qui est tout autre chose que de « couper la poire en deux ») comporte évidemment une part de subjectivité incompressible. A partir de quelle durée la garde à vue, légitimée par les nécessités de la répression pénale, est-elle une mesure excessive, c'est-à-dire disproportionnée par rapport aux exigences de la liberté individuelle ? La réponse n'est évidemment pas soustraite à la subjectivité individuelle que, précisément, tend à atténuer la délibération collégiale.

Sans doute, l'expression « droits fondamentaux » ou toute autre équivalente est-elle fréquemment employée dans certains pays et suggère une hiérarchie. Le projet de révision tendant à admettre en France l'exception d'inconstitutionnalité l'avait reprise. L'expérience aurait été intéressante car, pour apprécier la recevabilité des exceptions d'inconstitutionnalité, le juge aurait dû dire quels sont, en France, ces droits fondamentaux. S'il était per-

mis de faire un pari sur une institution supposée, ce qui est doublement hypothétique, nous gagerions volontiers qu'aucun des droits ou libertés constitutionnellement garantis ne se serait vu dénier la qualité de droit fondamental.

9 – C'est donc, à notre avis, par une lecture quelque peu imaginative de la jurisprudence constitutionnelle que l'on y décèlerait soit l'admission de principes proprement supraconstitutionnels soit celle d'une hiérarchie juridique au sein des normes constitutionnelles.

Comme le rappelle d'ailleurs Louis Favoreu, le Conseil a eu l'occasion, avec le traité de Maastricht, de refuser très clairement l'idée que certains principes constitutionnels (dans le cas particulier, la souveraineté nationale), seraient au-dessus des autres règles constitutionnelles et que, dès lors, on ne saurait, par la voie de la révision, y déroger. C'est une négation directe par le juge constitutionnel de la supraconstitutionnalité.

10 – Pour tenir en échec ces constatations, on pourrait, il est vrai, objecter que, si la supraconstitutionnalité ouverte, « officielle », est exclue de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il n'existe pas moins une supraconstitutionnalité cachée, que l'on pourrait nommer « incluse » dans l'institution même du contrôle juridictionnel de constitutionnalité.

Ce contrôle étant confié à un juge doté de larges pouvoirs d'interprétation et l'interprétation, selon des théories bien connues, étant acte de volonté et non de simple cognition, le juge recevrait le pouvoir de créer des normes constitutionnelles et même supraconstitutionnelles puisqu'elles pourraient entrer en conflit avec d'autres règles formellement écrites.

Ce n'est pas le lieu de traiter de ce qu'il y a de fondé ou de non-fondé dans les théories de l'interprétation. On fera simplement observer que leur impact sur le problème de la supraconstitutionnalité est très faible sinon inexistant.

En effet, dans son travail d'interprétation, le juge est tout de même soumis à certaines contraintes. Or, il en est une que le juge constitutionnel français non seulement admet, mais respecte en fait, c'est de se refuser la « puissance initiale », c'est-à-dire le pouvoir de s'abstraire de tout fondement textuel. Admettons qu'il « crée », par voie d'interprétation, des règles constitutionnelles. Mais, par construction, elles ne sont pas supraconstitutionnelles puisque leur rang ne saurait être plus élevé que celui du texte invoqué pour les légitimer.

De plus, personne ne pense qu'en présence d'une révision constitutionnelle en bonne et due forme qui serait contraire à sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel refuserait de faire droit au nouveau texte et aux contraintes d'interprétation qui en découleraient.

Concluons donc sur la première partie de cette étude : la supraconstitutionnalité n'est pas reçue dans la jurisprudence constitutionnelle française.

Il faut s'en féliciter car, comme on va le dire, la solution contraire serait théoriquement peu cohérente et pratiquement désastreuse.

II – LE CONCEPT DE NORMES JURIDIQUES SUPRACONSTITUTIONNELLES EST LOGIQUEMENT INCONSTRUCTIBLE

11 – La supraconstitutionnalité, à l'état pur, supposerait qu'il existe des règles supérieures à la Constitution et non formulées par celle-ci. En ce cas, il leur faut un minimum d'existence objective permettant de les « lire » quelque part, de connaître leur contenu.

Dira-t-on qu'il appartiendra à une juridiction suprême de les découvrir et de les mettre en œuvre ? En ce cas 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. Ceci revient à une subversion du vocabulaire doublée d'une inacceptable construction de l'Etat.

La subversion du vocabulaire consisterait en ce que l'on continuerait à désigner d'un terme applicable aux organes de la fonction juridictionnelle un organe ayant le pouvoir de décider du contenu de règles supérieures à toutes autres et détenant donc le vrai pouvoir constituant.

Cette subversion de vocabulaire 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.

Quoi qu'en dise Louis Favoreu, 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. Mais le recours est purement verbal en tant qu'il n'existerait pas une objectivité saisissable de ce droit. Faute de quoi le droit supraconstitutionnel serait

l'expression de la subjectivité du juge et l'on serait ramené au cas précédent.

12 – Ne rappelons pas toutes les pistes, anciennes ou modernes, par lesquelles on a tenté de trouver l'introuvable : un droit objectivement saisissable non posé, non formulé, non contrôlé par une autorité sociale.

Peut-on reprendre avec succès cette fois une telle tentative en recourant à l'idée que la supraconstitutionnalité pourrait trouver, hors des frontières de l'Etat, son fondement et sa formulation dans la société internationale ?

On a déjà dit que, si l'on veut employer le terme de supraconstitutionnalité pour désigner un effet possible de la primauté du droit international, principalement conventionnel, sur le droit interne, même constitutionnel, il s'agit d'un pur problème de vocabulaire. Nous avons ajouté d'ailleurs qu'il serait bien difficile d'inclure dans l'ensemble supraconstitutionnel ainsi dénommé le principe de la souveraineté nationale.

Mais, à la faveur d'un glissement, certains suggèrent que l'on pourrait trouver dans la convergence incontestablement réelle et fréquente des Constitutions démocratiques et des jurisprudences nationales correspondantes une sorte de « corpus » qui, en dehors de toute convention formelle, aurait acquis force juridique et qui s'imposerait comme exprimant le consensus de « la masse des hommes vivant en société (internationale) ». Ces convergences, particulièrement sensibles dans la matière des droits et des libertés, devraient être regardées comme des normes supraconstitutionnelles.

Ici encore la logique ne trouve pas son compte. Par hypothèse, on n'est pas devant des règles conventionnelles ; on n'est pas davantage en présence de règles coutumières, car la convergence de comportements étrangers à des relations réciproques ne suffirait pas à leur donner naissance. En vertu de quoi le fait que deux Etats se comportent de la même manière, chacun dans sa sphère propre, sans un assentiment réciproque, exprès ou tacite, manifesté dans une pratique commune, peut-il être créateur d'une règle de droit ?

En somme l'on prétendrait, d'une constatation de droit comparé, déduire une norme internationale. Ce serait une confusion des genres.

13 – Dès lors, pour tenter une construction logique de la supraconstitutionnalité, il faut explorer une autre solution en apparence paradoxale, celle où la supraconstitutionnalité trouverait son fondement et son contenu dans la Constitution elle-même. N'est-il pas

possible au pouvoir constituant de se lier lui-même en proclamant l'immutabilité de certaines de ses dispositions ? La supraconstitutionnalité serait ainsi attachée à l'ensemble des normes que le pouvoir constituant originaire a soustrait tacitement ou expressément à toute révision.

Avant d'essayer de répondre à cette question, commentons brièvement le terme « tacitement » que l'on vient d'employer.

Il se peut en effet qu'à défaut pour la Constitution de déclarer expressément que telle disposition est insusceptible de révision constitutionnelle, on soutienne qu'elle est cependant tellement fondamentale que le pouvoir constituant a nécessairement dû lui conférer l'immutabilité, car son altération priverait la Constitution de toute base.

C'est ce qui est en substance soutenu lorsque l'on veut mettre le principe de la souveraineté nationale et ses corollaires essentiels hors de la compétence du pouvoir constituant dérivé.

Cette version de la supraconstitutionnalité par « détermination de la Constitution » n'appelle pas une discussion de fond essentiellement différente de celle qui s'attacherait à l'hypothèse où l'immutabilité d'une norme constitutionnelle serait prononcée en termes exprès par la Constitution.

Notons seulement que cette version présente une difficulté supplémentaire, celle de déterminer selon quelle méthode on reconnaîtra le caractère fondamental qui justifie la supraconstitutionnalité d'une règle déterminée. Mais c'est une difficulté secondaire car, si elle porte sur le mode d'expression — explicite ou implicite — de la supraconstitutionnalité, elle ne pose pas quant au fond, c'est-à-dire quant à la possibilité d'enfermer le pouvoir constituant dérivé dans des limites infranchissables, de problème particulier.

14 – Car c'est bien de cela qu'il s'agit. Fondamentalement une norme supraconstitutionnelle (qu'il serait difficile d'opposer, on l'a vu, sinon comme droit naturel, au pouvoir constituant originaire) pourrait trouver sa source dans une limitation du pouvoir constituant dérivé. Toute Constitution comporte des règles qui définissent les conditions auxquelles elle peut être révisée ainsi que le statut du pouvoir constituant dérivé. Quelles sont ces limites ?

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.

Mais la révision, compétemment opérée, ne saurait être enfermée dans des limites. Comme l'a récemment dit le Conseil constitutionnel, le pouvoir constituant (en l'espèce « 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, c'est-à-dire pour ce qui regarde le contenu de la révision.

A quoi l'on objectera que la Constitution peut proscrire la révision de certaines de ses dispositions. Pour prendre un exemple banal, selon la tradition républicaine le dernier alinéa de l'article 89 de la Constitution dispose : « La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision. » Mais cette formulation ne fait pas obstacle, en bonne logique, à ce que soit opérée la révision du dernier alinéa de l'article 89, ce qui, dans le temps suivant, permettrait de remettre en cause la forme républicaine du Gouvernement.

En réalité, l'on est ici devant une des difficultés classiques auxquelles se heurtent les théories de l'autolimitation. 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.

15 – Ne peut-on cependant par un usage adroit de procédés de techmique juridique contourner l'obstacle que l'on vient d'apercevoir ?

La loi constitutionnelle du 3 juin 1958 avait, « par dérogation » à la procédure de révision inscrite dans la Constitution de 1946, organisé une autre procédure de révision confiant au Gouvernement la mission d'établir un projet de Constitution qui devrait être soumis à un référendum. Mais il avait imposé la conformité du projet à cinq principes (suffrage universel, séparation des pouvoirs, responsabilité du Gouvernement devant le Parlement, etc.). Ainsi, ayant adroitement lié la validité de la procédure au respect de principes de fond, il avait conféré à ceux-ci le caractère incontournable des règles de compétence et de forme.

L'exemple ainsi donné est instructif. Les limitations apportées à l'exercice du pouvoir constituant n'étaient impératives que parce que la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 était la première phase d'une opération complexe dont il lui appartenait de déterminer le déroulement. Mais elles ne valaient pas et ne pouvaient pas valoir pour les autres opérations de révision. Personne ne soutiendrait aujourd'hui qu'une révision de la Constitution de 1958 ne pourrait pas juridiquement supprimer la responsabilité du Gouvernement devant le Parlement au nom d'une supraconstitutionnalité venue de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958.

16 – Au cœur de la discussion de logique juridique n'y a-t-il pas tout simplement le problème de la possibilité d'existence de normes juridiques immuables ? On imagine mal que l'immutabilité puisse s'étendre à un ensemble constitutionnel, mais ne peut-elle pas être attachée à telle ou telle norme, d'origine constitutionnelle sur le plan juridique, mais pourvue d'un statut de supraconstitutionnalité : par exemple la souveraineté nationale, les droits « fondamentaux » ?

Pour tenir en échec l'idée que le souverain ne peut se lier, il n'existe que deux voies : la première conduit à admettre qu'*il n'y a jamais eu de souverain*, la seconde qu'*il n'y a plus de souverain.*

17 – Il n'y a jamais eu de souverain si l'on admet qu'il existe une transcendance de certaines normes. L'insertion de celles-ci dans la Constitution est une proclamation, plus prosaïquement un enregistrement et leur supraconstitutionnalité est de droit. C'est au moins l'une des conceptions des droits de l'homme dans la Déclaration de 1789.

Ne revenons pas sur les deux difficiles points de passage obligés de cette voie : au nom de quoi la transcendance ? Peut-on l'intégrer dans une construction juridique ?

Moins théoriques sont d'autres interrogations : comment concilier la transcendance prétendue avec la mutabilité historique et géographique, trop souvent pieusement occultée, des normes transcendantes ? Et encore : peut-on encore croire aux horizons indépassables par un refoulement de tout ce que nous savons réellement de l'homme passé et présent et de ce que nous supputons de l'homme futur ?

18 – Les fondements de l'immutabilité peuvent être recherchés dans une autre voie : il y a eu un souverain, mais il n'y en a plus.

Le cheminement est le suivant : la société est née d'un pacte sous condition. Ce pacte a engendré un souverain, mais qui ne l'est demeuré qu'un instant de raison puisque l'exercice de sa souveraineté est enfermé dans le respect des conditions qui lui ont donné naissance. Dans les approches multiples de la Déclaration, celle-ci aussi trouve sa place : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. » Au-dessus du souverain il y a donc l'immutabilité des droits dont la conservation commande la légitimité.

Le caractère supraconstitutionnel attribué à la souveraineté nationale a un fondement analogue. Le pouvoir de décision

reconnu par la minorité à la majorité est originairement et à jamais consenti par chaque Français éventuellement minoritaire aux autres Français éventuellement majoritaires. Mais s'il s'agit de confronter majorité et minorité hors du cadre national, la première perd tout titre à décider. Ici aussi, la souveraineté est conditionnée par les termes d'un pacte et ne survit pas un instant à son exercice puisque celui-ci est enfermé dans les frontières qui l'ont engendré.

On sait depuis longtemps que ces variations sur le thème du contrat social ne prétendent pas à un récit historique, mais sont une figure géométrique illustrant au tableau noir un théorème. Il ne s'agit pas de raconter ce qui se serait un jour passé, mais d'illustrer le seul raisonnement possible pour justifier que des hommes « naturellement » libres et égaux aient pu se plier à des contraintes venant d'autrui.

Voire... Mais une opération fondatrice du droit ne peut se passer d'un minimum d'insertion dans l'histoire vécue par les hommes. La saga des Robinsons fédérant leurs îles personnelles pour en faire un archipel n'est qu'une production poétique fascinante.

Dans cette dernière conception de la supraconstitutionnalité, c'est moins la logique interne qui serait en défaut (en dépit d'un certain nombre de tours de passe-passe et de coups de pouce) que le soubassement historique du récit fondateur.

Au fond, la contradiction fondamentale commune à toutes les constructions possibles de la supraconstitutionnalité se trouve dans l'idée qu'il est possible de construire un ordre juridique démocratique à la condition que le peuple souverain demeure sous surveillance.

Si l'on passe maintenant de la raison pure à la raison pratique, on va voir que les différentes écoles de la supraconstitutionnalité mettent en péril le principe et l'agencement des institutions démocratiques.

III – LA SUPRACONSTITUTIONNALITÉ EST DANGEREUSE POUR L'ORDRE JURIDIQUE DÉMOCRATIQUE

19 – Périodiquement, à l'occasion de la censure d'une loi portant sur un objet politiquement sensible, revient une accusation rituelle : le juge constitutionnel, qui ne peut se prévaloir d'aucune investiture démocratique sinon très indirecte, s'oppose à la volonté générale exprimée dans une loi votée par les authentiques représen-

tants du peuple. Non moins périodiquement les juristes répondent que, comme le Conseil l'a dit, « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ». Ils y ajoutent la glose nécessaire à l'information des profanes : seul le pouvoir constituant détient dans sa totalité et dans son unité la souveraineté originaire ; les pouvoirs constitués y compris le législateur n'en ont qu'un exercice partiel et conditionné. C'est donc à juste titre que le Conseil constitutionnel fait prévaloir la Constitution, c'est-à-dire la volonté du peuple s'exprimant en souverain sur celle du législateur qui, même sans mettre en cause l'authenticité de la représentation des élus, ne saurait aller contre cette volonté.

20 – Cette construction, essentielle pour le constitutionnalisme démocratique, est à la fois réaliste et équilibrée.

Sans doute l'idée de la suprématie de la Constitution est-elle souvent présentée comme liée à l'idée d'un pacte social. La suprématie de la Constitution exprimerait le fait que le pacte fondateur, de nature quasi contractuelle, ne peut être modifié que par un assentiment de tous les contractants.

En fait, sous prétexte d'approximation de cet idéal théorique, la pratique constitutionnelle a organisé un système réaliste, qui renonce à l'idée que l'établissement ou la révision d'une Constitution ne pourrait procéder que de l'unanimité. Sous des formes diverses elle a substitué à une telle exigence un ensemble de règles variables selon les pays et les moments, mais qui tendent à vérifier que la volonté du souverain est constante, résolue et réfléchie. De plus en plus, d'ailleurs, le dernier mot pour l'établissement ou la révision de la Constitution appartient aux citoyens s'exprimant par référendum.

Ce système est, en outre, équilibré au moins quand certaines conditions sont réalisées. Le ralentissement de la prise de décision dans des domaines mettant en jeu des principes essentiels qui, en général, résulte des procédures de révision favorise la réflexion. Et surtout l'exigence de majorités renforcées dans les Assemblées, plus encore le recours au référendum, préservent autant qu'il se peut contre ce qui est sans doute le plus grand abus du système représentatif joint à un système de partis à la fois disciplinés et autocontrôlés : la confusion entre la volonté de la majorité des électeurs et celle des appareils de parti.

Mais l'authenticité de sa décision étant aussi préservée, le peuple est et demeure souverain dès lors qu'il s'exprime comme pouvoir originaire, comme Constituant.

Ce n'est pas seulement la légitimité du législateur qui trouve son fondement dans cette construction. C'est aussi celle du juge constitutionnel. Comme on l'a déjà écrit, cette légitimité tient à ce qu'il est aussi un pouvoir constitué et qu'il n'est pas maître des normes qu'il doit faire respecter. Ses décisions, pour transposer un langage emprunté à René Chapus, ont valeur supralégislative mais infraconstitutionnelle. Le pouvoir constituant peut modifier telle ou telle norme ou imposer une interprétation qui n'a pas été celle du juge. Le peuple est le seul souverain. Il est vrai que cet équilibre n'est réalisé que si l'accès à la révision constitutionnelle est lui-même démocratiquement organisé. C'est un point sur lequel on reviendra.

21 – Dans cette construction, répétons-le, réaliste et équilibrée, l'introduction du mythe de la supraconstitutionnalité introduirait un dérèglement total.

En détrônant le souverain, elle livrerait les institutions à l'alternative entre l'oligarchie et le Gouvernement dc juges. Encore heureux si cette alternative n'engendrerait pas un cumul.

22 – Le souverain est détrôné ou, si l'on préfère, escamoté. Que l'on considère qu'il n'y a jamais eu ou qu'il n'y a plus de souverain, selon les versions évoquées plus haut, le pouvoir constituant n'est plus un pouvoir initial. Il est lui-même soumis à des normes non purement procédurales, à des conditions de légitimité alors que c'est lui qui devrait incarner ou définir la légitimité.

Que la supraconstitutionnalité soit une machine à détruire le pouvoir constituant est attesté par une remarque de Louis Favoreu, selon qui elle devrait interdire la banalisation des révisions constitutionnelles, comme un conseil judiciaire empêche les folies d'un prodigue.

La supraconstitutionnalité, en tant qu'elle est conçue comme un corps de règles juridiques, repose sur l'illusion qu'à un certain moment de l'histoire (généralement celui où l'on se trouve), celle-ci a pris fin. L'humanité a établi un système de valeurs définitif auquel il n'est plus possible de toucher.

Le plus étonnant est que ce fixisme prenne racine dans des sociétés juridiquement laïques et psychologiquement agnostiques. Logiquement, bien que le passage de l'ordre du religieux à l'ordre du droit fasse question, on pourrait concevoir que, dans un système de croyances assignant à l'homme un statut de 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 la 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. La construction et l'évolution d'un système de valeurs résultent d'un grand et incessant combat politique, mais non d'un *a priori juridique* soustrait à la volonté. Le droit ne peut être rien d'autre que lui-même et il est de sa nature de n'être ni un conservatoire ni un laboratoire, mais un espace de cohabitation pacifique accueillant l'un et l'autre.

23 – La supraconstitutionnalité ouvre une alternative entre l'oligarchie et le gouvernement des juges.

Le renvoi à l'oligarchie résulterait de ce que le législateur opposerait à des dispositions constitutionnelles de prétendus principes supraconstitutionnels en déniant d'ailleurs compétence au juge constitutionnel pour statuer sur ce conflit. En ce sens, le pouvoir souverain, supérieur au pouvoir constituant lui-même, serait transféré à la majorité parlementaire sans possibilité de contrôle par voie référendaire ou sans l'exigence des procédures et des conditions de vote renforcées prévues en cas de révision constitutionnelle. La volonté générale serait exprimée au plus haut niveau par une majorité de représentants soustraite à toute procédure de ratification dans des matières que, précisément, la Constitution avait entendu faire échapper à la procédure législative ordinaire. Il s'agirait bien d'une oligarchie née d'un usage illégitime du concept de représentation.

Mais, pour des raisons de procédure, l'autre branche de l'alternative — le gouvernement des juges — serait beaucoup plus vraisemblable. En effet, si la majorité parlementaire refuse de voter une loi, voire une révision constitutionnelle, au motif que ce vote porterait atteinte à une prétendue norme supraconstitutionnelle, ce refus qui se justifierait d'autre part sur le terrain des choix politiques ne pose aucun problème juridique. Si, en revanche, l'argument de la supraconstitutionnalité 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.

24 – On a déjà dit 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 ferait source primaire du droit, puissance normative initiale, usurpateur de la souveraineté. On lui fait grief, à tort, d'user de la nécessité où il est d'interpréter les textes écrits qui sont la base de ses décisions. Mais combien serait plus fondé et délégitimant celui d'inventer des normes sans le moindre rattachement à une volonté qui ne soit pas la sienne !

Que le droit comparé soit invoqué au secours de la supraconstitutionnalité ne doit pas ébranler la conviction qui, jusqu'ici, a été celle du Conseil constitutionnel pour qui le législateur ne peut être approuvé ou censuré en droit que par référence à une disposition constitutionnelle écrite. Il faut se défaire de l'idée que telle ou telle théorie, telle ou telle pratique adoptée par une Cour constitutionnelle étrangère dans une démocratie parfois juvénile s'impose comme le dernier cri de la mode féminine lancé dans les collections de printemps.

Que l'on ne vienne pas davantage faire valoir qu'un recours à la supraconstitutionnalité permettrait de combler des lacunes constitutionnelles. Une Constitution n'est jamais lacunaire quand, comme la nôtre, elle investit d'un pouvoir normatif des autorités déterminées. La prétendue lacune dénoncée dans le silence de la Constitution sur un point déterminé est tout simplement un renvoi, selon le cas, au pouvoir législatif ou au pouvoir réglementaire pour traiter la question en cause.

25 – Un dernier mot : notre Constitution se rapprocherait beaucoup plus sensiblement du système réaliste et équilibré présenté plus haut en ce qui concerne les relations du pouvoir constituant, du pouvoir législatif et de la juridiction constitutionnelle, si elle faisait place à une procédure de révision elle-même plus réaliste et plus équilibrée. Il ne s'agit pas de rendre la révision plus facile ou plus fréquente. Il s'agit de la débarrasser de blocages abusifs et de l'ouvrir plus largement à l'arbitrage direct des citoyens.

De toutes les récentes propositions du « Comité consultatif pour une révision de la Constitution », la plus importante pour l'avenir était probablement celle qui portait sur l'article 89 de la Constitution. Elle permettait au chef de l'Etat de soumettre au

référendum un projet ou une proposition de révision si l'une des deux chambres l'avait adopté à la majorité des trois cinquièmes. Elle avait un double mérite. D'abord celui de terminer la querelle sur l'utilisation du référendum direct de l'article 11 comme moyen de secours pour réaliser une révision peut-être désirée par les citoyens, mais bloquée par l'opposition d'une des deux assemblées. Ensuite celui de permettre au Souverain d'être un peu moins invisible et un peu plus présent.