Xavier Roques

Système majoritaire et contrôle de la constitutionnalité

Le régime démocratique repose sur deux concepts antinomiques, la limitation du pouvoir, notamment par la séparation des fonctions législative, exécutive et judiciaire, et l'exercice par le peuple – et en pratique par ses représentants – d'une souveraineté qui est, par définition, illimitée. En effet, l'application de la volonté populaire, c'est-à-dire celle de la majorité, conduit à établir une unité d'action entre législatif et exécutif qui aboutit à une réunification du pouvoir au profit des instances dirigeantes de cette majorité. Or l'on connaît les ravages résultant de l'identification du peuple au prolétariat, du prolétariat au parti, du parti au comité central et du comité central au secrétaire général : par une cascade de délégations, le pouvoir du peuple redevient une monocratie. De même que la carte n'est pas le territoire, le représentant ne peut être, même dans un régime représentatif, totalement identifiable aux représentés : « Vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaires » est une formule incontestable au regard des principes démocratiques. Elle choque pourtant – et fut d'ailleurs perçue comme politiquement maladroite. C'est justement l'établissement d'un couple unifié gouvernement-majorité parlementaire qui rend plus nécessaire la recherche de nouveaux contre-pouvoirs comme le renforcement de l'autonomie du pouvoir judiciaire, la création des « autorités administratives indépendantes » ou le recours au contrôle de constitutionnalité au nom du principe « Il faut que le pouvoir arrête le pouvoir ». Mais ce retour au « gouvernement des juges » et la limitation de l'expression de la volonté majoritaire qu'il implique ne sont évidemment pas sans poser quelques problèmes de compatibilité avec les principes démocratiques et l'affirmation de la souveraineté populaire.

AU XIXe SIÈCLE LA CONCEPTION EUROPÉENNE TRADITIONNELLE D'UN PARLEMENT QUI IGNORE LE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ S'OPPOSE À L'EXPÉRIENCE AMÉRICAINE

En Europe, le Parlement est le garant des libertés

Face à la toute-puissance du monarque de l'Ancien Régime, la lutte pour la création d'un Parlement et l'octroi d'une Constitution fut consubstantiellement liée, tout au long du XIXe siècle, à la lutte pour l'affirmation des libertés. Le Parlement était considéré comme le garant des intérêts des citoyens face à l'arbitraire et à la prodigalité de
102 l'exécutif monarchique. Dans ce contexte, l'existence même d'un contrôle de constitutionnalité des lois paraissait saugrenu ou alors il s'agissait d'un moyen pour contenir la montée en puissance du pouvoir parlementaire ; ainsi en fut-il en France avec le Sénat sous les deux Empires. Un tel contrôle paraissait d'ailleurs d'autant plus étrange que la distinction entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués était faible, voire inexistante ; la plupart du temps, le pouvoir constituant restait dans les mains du monarque qui octroyait « gracieusement » une Constitution à ses sujets (Charte de 1814, Monarchies allemandes, Statut royal espagnol de 1834, Chartes brésilienne de 1824 et portugaise de 1826, Diplôme de 1859 et Patente de 1861 en Autriche, etc.) et qui, par là, aurait été le seul juge de la constitutionnalité des lois si un tel contrôle avait existé. Au mieux, dans les régimes les plus « progressistes », l'exercice du pouvoir constituant résultait d'un accord entre le roi et le Parlement (Charte de 1830, Constitution belge de 1830, théorie de la « Constitution historique » en Espagne et Constitution de 1876, etc.), identique à celui nécessaire pour l'élaboration des lois ordinaires.

En conséquence, les constitutions du XIXe siècle européen ne prévoyaient pas de procédure spécifique pour leur modification (les chartes françaises, le statut Albertin de 1849 en Italie) – ce qui conduisit à admettre des révisions par la voie législative ordinaire – ou prévoyaient des procédures très proches de la procédure législative, ne faisant intervenir que le législateur ordinaire[1], quitte à exiger – au

1. La terminologie utilisée pour désigner une révision en parlant de « loi constitutionnelle » est bien le signe qu'il n'y avait pas de différence de nature entre une telle « loi » et

mieux – soit des formes particulières (lois constitutionnelles de 1875 avec la réunion des deux chambres à Versailles ou, en Prusse, l'exigence de deux votes successifs à vingt et un jours d'intervalle au moins, ou encore, en Suède comme au Portugal, vote de deux législatures successives), soit une majorité particulière (majorité simple au Reichstag mais des deux tiers du Bundesrat pour l'Empire allemand, des deux tiers des présents dans chaque chambre en Autriche et aux Pays-Bas, etc.), soit les deux à la fois (en Belgique, vote de deux législatures successives et majorité des deux tiers des présents avec quorum des deux tiers des membres dans la seconde législature).

La conception européenne du Parlement souverain fut tellement forte qu'elle empêcha l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité même dans le cas où il paraissait techniquement nécessaire, celui des États fédéraux. C'est ainsi que ni l'Empire allemand ni celui d'Autriche 103
ne connurent cette institution ; bien au contraire, en Allemagne, par un arrêt du 17 février 1883, le Tribunal d'Empire excluait tout contrôle de la constitutionnalité matérielle des lois fédérales et la Constitution autrichienne de 1867 interdisait expressément aux juges de connaître de la validité des lois. Même en Suisse, pays qui s'était pourtant doté avec les Constitutions de 1848 et de 1874 d'institutions fédérales inspirées de celles des États-Unis, le contrôle de constitutionnalité ne concerna que les lois cantonales et non les lois fédérales.

L'expérience américaine de contrôle de constitutionnalité

Au contraire, les États-Unis trouveront, si l'on peut dire, le contrôle de constitutionnalité dans leur berceau. Chaque colonie anglaise d'Amérique du Nord possédait en effet déjà sa législature, et les lois émanant de celle-ci s'appliquaient sous réserve du respect des lois supérieures votées par le Parlement métropolitain. L'idée d'une hiérarchie des lois préexistait donc à l'Indépendance et il appartenait déjà aux juges de faire respecter cette hiérarchie ; la transposition de ce schéma au nouveau contexte d'une fédération d'États ne provoqua donc pas de bouleversement conceptuel : l'autorité pour trancher les conflits de compétence entre législateur fédéral et législateurs fédérés était déjà là.

De plus, la thèse d'une limitation des pouvoirs des parlements au regard des « droits naturels des Anglais » avait eu en son temps, dans

---

les lois simples. A l'inverse, la terminologie américaine ne parle pas de « loi » mais d'« amendement à la Constitution ».

la théorie juridique britannique, quelque succès. « Le Parlement peut tout faire sauf changer un homme en femme » est une affirmation classique de la souveraineté du Parlement britannique qui comporte néanmoins l'énoncé d'une limitation implicite de ses pouvoirs au regard d'un ordre naturel supérieur. En 1606, sir Edward Coke, dans l'affaire Thomas Bonham, jugeait que, « si un *Act* du Parlement est contraire au droit et au sens commun, la *common law* le déclarera nul » et citait cinq précédents à l'appui de sa décision. Au cours de l'affrontement entre les Stuarts et les défenseurs des compétences du Parlement, la référence à l'existence de lois fondamentales du royaume fut, tour à tour, invoquée par les deux partis, dans des sens évidemment opposés. Après la Restauration et surtout, après la « Glorieuse Révolution » de 1688, le danger absolutiste étant écarté, cette thèse juridique
104 perdit toute utilité et fut abandonnée ; elle devait néanmoins être rappelée un siècle plus tard dans le cadre de la défense des droits des « Anglais d'Amérique » face au Parlement de Londres. L'idée de l'invalidité des lois impériales pour violation de droits naturels supérieurs (par exemple, « *No taxation without representation* ») fut un argument invoqué par les futurs insurgés[2] : dès 1761, James Otis écrivait « un *Act* contraire à la Constitution est nul ; un *Act* contraire à l'équité naturelle est nul ; les Cours qui appliquent les lois doivent rendre obsolètes de tels *Acts* » ; pour John Adams le « *Stamp Act is against Magna Carta and the natural rights of Englishman* » et, en février 1766, les juges de Virginie admirent l'« inconstitutionnalité » de ce texte. Ainsi la guerre d'Indépendance se fit beaucoup plus contre l'autorité oppressive d'un Parlement impérial souverain que contre l'absolutisme d'un monarque – qui n'était plus absolu depuis un siècle. On comprend donc que les Américains, dès l'origine, n'aient pas eu la même révérence à l'égard de l'autorité des parlements que les Européens[3].

2. Et pas seulement eux ; c'était aussi dès 1764 la position d'Anglais éminents comme William Pitt ou l'ancien Chief Justice lord Camden.

3. Il est d'ailleurs significatif que les Anglais, pour justifier leur propre position, ne mirent pas en cause la valeur « constitutionnelle » du principe « *No taxation without representation* ». Ils répondaient plutôt à l'argumentation américaine que les colons étaient représentés au Parlement de Londres par les députés élus en Grande-Bretagne, comme d'ailleurs tous les Britanniques non électeurs. Cette distinction entre représentation et élection n'était guère convaincante, et par la suite, dans l'histoire des colonies britanniques, ce fut un principe constant que le Parlement de Londres ne votât pas de lois fiscales applicables aux colonies, cette prérogative relevant de la compétence exclusive des législatures locales (ce qui ne signifiait pas que ces législatures fussent nécessairement élues).

Même après l'Indépendance, le scepticisme des pères fondateurs quant à la pérennité des institutions humaines – nourri d'une part par une religion mettant l'accent sur la faillibilité de la nature humaine, d'autre part par une culture historique classique dominée par les références à l'échec des démocraties grecques et au déclin de la République romaine, comme enfin par l'exemple de ce qu'ils estimaient être la dégénérescence des institutions libérales anglaises – les amenait à craindre la démagogie et l'opportunisme des parlements[4]. Ils ne croyaient guère que le souci du bien public fût la première préoccupation des élus ; aussi, loin d'être des « représentants », ceux-ci ne devaient-ils être que des délégués, toujours susceptibles d'être infidèles à leur mission, désignés par des électeurs qui ne leur transmettaient que des pouvoirs limités[5] et certainement pas l'exercice de la souveraineté populaire. Aussi les constitutions des États contenaient-elles de longues énumérations de ce qui était interdit aux législatures locales et il paraissait tout naturel que les juges, perçus comme issus (dirions-nous aujourd'hui) de la « société civile », fussent chargés de faire respecter ce « contrat social » qui s'imposait aux législatures. Autre signe de la subordination de celles-ci, les constitutions des États américains séparent nettement le pouvoir législatif du pouvoir constituant. Ce dernier est confié à un organe *ad hoc*, les conventions, élues spécialement à cet effet, le plus souvent après qu'un référendum a approuvé l'ouverture de la procédure de révision initiée par une proposition émanant soit de la législature statuant à une majorité spéciale, soit d'une initiative populaire ; en outre, les résultats des travaux de la Convention sont le plus souvent eux-mêmes soumis à ratification par référendum – preuve de l'ampleur de la méfiance des électeurs vis-à-vis de leurs représentants, fussent-ils *ad hoc*[6].

4. Plus prosaïquement, certains historiens ont supposé qu'ils appréhendaient la répudiation par les parlements des dettes contractées par les États au cours du conflit, qui aurait porté préjudice aux intérêts des possédants dont ils étaient les représentants.

5. Peut-être était-ce un reflet de la culture protestante d'un pays où le pasteur n'est qu'un « technicien » du culte (comme le médecin de la maladie) mais n'a pas une nature différente de ses fidèles, à la différence du prêtre catholique qui est un personnage consacré.

6. Le 10e amendement à la Constitution fédérale – « Les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux États-Unis par la constitution, ou qui ne sont pas refusés par elle aux États, sont réservés aux États respectivement ou au peuple » – souligne bien que les élus ne possèdent que les compétences qui leur sont limitativement attribuées et ne sont donc pas chargés de l'exercice de la souveraineté, qui reste la propriété inaliénable du peuple et des États.

Dans un tel contexte, il n'est pas étonnant que le contrôle de constitutionnalité des lois ait paru chose naturelle : la Constitution de Pennsylvanie de 1776, celles du Vermont et de New York en 1777 établirent un « Conseil des censeurs » (Conseil de révision à New York) chargé de veiller au respect de la Constitution ; avant même l'arrêt « Marbury », de nombreuses juridictions d'État déclarèrent inconstitutionnelles des lois de l'État. En réalité, l'existence d'un contrôle de constitutionnalité des lois ne fut jamais réellement en débat : les archives de la Convention de Philadelphie montrent que les pères fondateurs admettaient tellement son existence qu'ils n'éprouvaient pas le besoin – pour des raisons d'opportunité politique – de l'établir expressément ; ce qui fit problème, ce fut – paradoxalement, car on y trouve aujourd'hui une justification du contrôle de constitution-
106 nalité – le fédéralisme : le contrôle de la constitutionnalité des lois d'État devait-il relever des seuls tribunaux de l'État concerné ou pouvait-il être exercé par des juges fédéraux, avec le risque de centralisation, d'atteinte aux prérogatives des États, qu'un tel contrôle « centralisé » comportait[7] ? Il fallut donc l'affirmation du primat de l'État fédéral, notamment à la suite de la guerre de Sécession[8], pour que le contrôle de constitutionnalité prît, au niveau fédéral, toute son ampleur.

La Concomitance de l'Apparition des Mécanismes de Stabilisation de l'Exécutif et du Contrôle de Constitutionnalité

L'évolution de la composition des parlements

Jusque vers la fin du XIX[e] siècle, les parlements européens étaient, en dehors de la Grande-Bretagne, plus des clubs d'élus qu'une représentation de partis politiques enracinés dans la société. S'il arrivait aux parlementaires de se regrouper par affinités politiques ou philosophiques, ces groupes ne constituaient que des cercles de discussion, sans discipline interne, et non des machines politiques chargées d'encadrer l'électorat. Il faut attendre la généralisation du suffrage universel mas-

7. Ce fut d'ailleurs en raison de cette crainte que le 11[e] amendement vint spécifier que « le pouvoir judiciaire des États-Unis ne pourra être interprété comme s'étendant à toute cause [...] commencée ou poursuivie contre un État par les citoyens d'un autre État » ou par un étranger.

8. Celle-ci consacrait l'échec de la théorie de la nullification par les États des lois fédérales inconstitutionnelles, qui se présentait comme une alternative à la régulation des compétences par la Cour suprême.

culin, l'apparition des partis catholiques ou socialistes issus d'organisations religieuses ou syndicales elles-mêmes structurées, et enfin le développement de la représentation proportionnelle, pour que se créent des groupes parlementaires véritables avec les conséquences que cela peut avoir sur l'organisation et les méthodes de travail des parlements.

Les trois vagues constitutionnelles du XX^e siècle

Après la Première Guerre mondiale, les nouvelles constitutions républicaines cherchèrent à éviter l'instabilité ministérielle chronique que connaissait la III^e République française, régime qui leur servait de modèle mais aussi, sur ce point, de repoussoir. Le recours aux techniques du parlementarisme rationalisé parut être la solution. Parallèlement, dans des pays comme l'Autriche et la Tchécoslovaquie, qui 107
possédaient des partis très structurés, disciplinés, imposant aux élus un mandat impératif de fait[9], les nouvelles constitutions ont aussi cherché à garantir le respect des principes que le constituant (les constitutions étaient issues d'une transaction entre les socialistes et les démocrates-chrétiens) voulait imposer aux législateurs futurs. Le rôle des professeurs de droit membres des assemblées constituantes – on sait celui de Kelsen dans la rédaction de la Constitution autrichienne de 1920 – joua également en ce sens. Ces deux textes constitutionnels instituèrent donc des cours constitutionnelles, inventant ainsi le modèle européen du contrôle de constitutionnalité par un organe spécialisé, distinct du pouvoir judiciaire de droit commun et saisi selon des procédures particulières, modèle qui devait également être plus tard repris dans la Constitution de la République espagnole de 1931, puis, sous une forme plus complexe, dans la Constitution irlandaise de 1937.

A l'issue de la Seconde Guerre mondiale, l'échec des expériences précédentes[10] n'empêcha pas de les tenter à nouveau et cette fois avec plus de succès. De toute manière, la conception européenne tradition-

9. On sait par exemple qu'en Tchécoslovaquie aucun gouvernement ne fut, dans l'entre-deux-guerres, renversé par le Parlement, mais que les gouvernements étaient en fait responsables devant un comité, la « Petka », composé des chefs des cinq grands partis : agrarien, national-démocrate, social-démocrate, social-national et populiste.

10. La Cour constitutionnelle tchécoslovaque n'eut pratiquement aucune activité et la Cour autrichienne disparut de fait avant l'Anschluss, le gouvernement Dollfuss se gardant de pourvoir les sièges vacants.

nelle du Parlement gardien des libertés avait fait faillite : c'est tout à fait légalement que Mussolini et Hitler avaient pris le pouvoir, dans le respect le plus absolu des règles du parlementarisme ; c'est une majorité de parlementaires qui avait voté, le 10 juillet 1940, les pleins pouvoirs du gouvernement Pétain. La Constitution autrichienne de 1920 fut remise en vigueur. L'Allemagne et l'Italie voulurent concilier la stabilité de l'exécutif – l'instabilité précédente ayant justement été considérée comme une cause du succès du nazisme et du fascisme – et le respect des droits de l'homme qui avaient été bafoués par les régimes précédents. Elles firent donc appel simultanément aux techniques du parlementarisme rationalisé et au contrôle de constitutionnalité dans sa version autrichienne.

Pour les mêmes raisons, trente ans plus tard, la Grèce, l'Espagne
108 et le Portugal puis, après 1989, les nouvelles démocraties issues de l'effondrement du bloc soviétique recourent aux mêmes solutions : parlementarisme rationalisé (notamment, motion de censure constructive et élection du chef du gouvernement par le Parlement) et contrôle de constitutionnalité sont devenus des éléments de droit communs aux nouvelles constitutions, un symbole de l'appartenance au « monde civilisé ». Le contrôle de constitutionnalité a même fini par pénétrer les systèmes juridiques qui lui étaient le plus rebelles, la Belgique avec la Cour d'arbitrage, la France avec le Conseil constitutionnel, les pays scandinaves (Norvège, Danemark, Suède) avec une évolution de la jurisprudence amenant les juges judiciaires à imiter leurs homologues américains. Il n'est pas jusqu'à la Grande-Bretagne qui ne connaisse, par le moyen détourné de la Convention européenne des droits de l'homme, un contrôle de « régularité » de son ordre juridique interne : il est d'ailleurs significatif que le dernier grand pays européen qui ne possède aucun contrôle de constitutionnalité soit celui qui ait été le plus souvent condamné par la juridiction européenne des droits de l'homme.

Aujourd'hui, on peut parler d'une véritable mondialisation du contrôle de constitutionnalité. En Europe, on l'a vu, celui-ci se retrouve dans tous les pays en dehors de la Grande-Bretagne, des Pays-Bas, du Luxembourg et, pour les lois fédérales, de la Suisse. Il existe en Turquie depuis la Constitution de 1961, au Japon avec la Constitution de 1947, dans les États issus de l'Empire britannique[11] (Australie, Canada, Afrique du Sud, Inde, Pakistan, Malaisie, Bangla-

11. Mais pas en Nouvelle-Zélande, pour cause d'absence de constitution rigide.

desh, Maurice, Malte, Jamaïque, etc.) ou de l'Union soviétique, dans les différents États latino-américains (soit sous la forme américaine, comme en Argentine, soit en combinant celle-ci avec le système européen, soit avec des formes *sui generis* comme l'*amparo* ou le *mandado de segurança*). Plus curieusement, il se combine dans certains États musulmans avec un contrôle de la régularité de la loi au regard des principes religieux (Iran, Pakistan). Bref, aujourd'hui, une constitution écrite et rigide – ce qui est la norme – ne se conçoit plus sans comporter un système de contrôle de constitutionnalité dont l'efficacité pratique est alors bien évidemment liée à l'effectivité de l'application de cette constitution.

Les raisons de la concomitance

L'existence d'une majorité stable au Parlement, souhaitée afin d'éviter les inconvénients d'une instabilité ministérielle qui fragiliserait le régime démocratique lui-même, fait du gouvernement le « comité directeur » de la majorité parlementaire. Il aboutit à donner, à l'issue des élections générales, et jusqu'aux élections générales suivantes, le pouvoir à un parti ou à une coalition de partis et l'assurance de faire avaliser par le Parlement toutes les mesures décidées par les organes dirigeants de ce parti ou de cette coalition. Certes, la stabilité, la cohérence et la continuité de l'action gouvernementale, qui sont aujourd'hui indispensables au bon fonctionnement d'un État, sont assurées, mais c'est justement la concentration des pouvoirs qui en résulte qui rend nécessaire l'instauration d'un mécanisme de surveillance afin d'éviter que, dans l'intervalle de deux élections, soient prises des décisions « lourdes », portant atteinte à des règles fondamentales, voire à la régularité des élections à venir.

La Conciliation entre le Contrôle de Constitutionnalité et la Recherche de l'Efficacité Propre au Système Majoritaire

Le contrôle de constitutionnalité ne limite que la majorité parlementaire

Pour garantir la stabilité, la cohérence et la continuité de l'action gouvernementale, il convient d'assurer l'existence et la permanence d'une majorité de travail pour le gouvernement au Parlement. D'où les techniques visant, d'une part, à ce que le système électoral conduise à l'apparition d'une telle majorité au Parlement (soit système électoral

majoritaire, soit représentation proportionnelle avec prime majoritaire, pourcentage pour l'élimination des petits partis et découpage de petites circonscriptions pour avantager les grands courants de l'opinion, soit mélange des deux systèmes) et, d'autre part, à contraindre cette majorité à rester unie dans l'exercice du pouvoir (dissolution, vote bloqué, motion de censure constructive, etc.). D'une façon ou d'une autre, la majorité est donc « artificielle » ; elle correspond rarement à une majorité des suffrages exprimés et encore plus exceptionnellement à une majorité des inscrits. C'est une « majorité de travail » pour les « affaires courantes ». Dès lors, il est légitime que le constituant mette hors d'atteinte de cette majorité purement relative un certain nombre de décisions et institue un mécanisme pour éviter les dépassements de compétence.

110

Le contrôle de constitutionnalité ne concerne que des mesures ponctuelles

On ne peut conclure d'une victoire électorale que chacune des mesures proposées par le parti gagnant ou la coalition victorieuse a été approuvée par les électeurs. Une élection constitue un « vote bloqué » et il est impossible de savoir, lorsque le Parlement votera par la suite telle ou telle mesure, si celle-ci aurait été approuvée par les électeurs si elle avait été présentée séparément. Il y a une présomption d'accord, mais, sauf à recourir en permanence au référendum, ce n'est qu'une présomption.

D'autre part, dans les systèmes politiques contemporains, les candidats aux élections sont présentés par les partis politiques qui, représentant des tendances permanentes de l'opinion, sont les seuls à pouvoir assumer le coût financier d'une campagne électorale. Mais quel que soit le nombre de militants de chaque parti, cela ne représente, tous partis confondus, qu'un très faible pourcentage de la population électorale totale. Une fois le choix effectué, le « souverain » devrait se soumettre pendant la durée d'une législature à la volonté de ses « représentants ». De plus, des problèmes imprévus sont toujours appelés à surgir entre deux élections et des solutions nouvelles pourraient s'avérer nécessaires sans qu'aucune contestation des mesures prises ne soit possible. Bref, dans sa conception extrême, le régime représentatif aboutirait à donner, à intervalle régulier, un « chèque en blanc » à des appareils politiques dont les membres ne représentent qu'une fraction de l'électorat. Dès lors, la « démocratie » paraît fort imparfaite, compte tenu en outre, aujourd'hui, de l'apparition de tech-

niques de sondages d'opinion. Dans ces conditions, il n'est pas illégitime d'ouvrir la possibilité de contester ponctuellement telle ou telle loi particulière au regard de règles constitutionnelles qui, elles, ont été adoptées avec une certaine solennité. Et lorsqu'il examine la compatibilité de celle-ci avec celles-là, le juge constitutionnel ne se substitue pas plus au législateur que le Conseil d'État au gouvernement lorsqu'il juge un acte de celui-ci.

Le contrôle de constitutionnalité ne fait qu'obliger à recourir à une procédure plus lourde

Une loi inconstitutionnelle n'est finalement qu'une loi qui n'a pas été prise selon une procédure régulière. Elle cesse en effet d'être inconstitutionnelle si elle est votée selon la procédure prévue pour la révision constitutionnelle. Il suffira donc de recourir à cette procédure plus lourde pour arriver au résultat voulu. Tout le problème est alors de savoir s'il existe une volonté politique suffisante pour dégager la majorité renforcée prévue à cet effet. Si, au-delà de la majorité parlementaire de droit commun, le gouvernement arrive à rassembler la majorité constitutionnelle requise, il peut agir. Mais, bien évidemment, cela suppose un consensus plus large que le consensus ordinaire.

On retrouve ainsi la distinction qui existait dans la conception allemande de l'État de droit du XIX^e^ siècle où certaines mesures pouvaient être prises par le monarque seul, en vertu de ses pouvoirs d'administration générale, mais où il devait obtenir le concours du Parlement pour les mesures affectant « la liberté ou la propriété des personnes ». Transposant cette idée, on a les lois « ordinaires » relevant du législateur et les lois touchant aux principes constitutionnels, lesquelles réclament l'intervention du constituant.

Cette hiérarchie peut en outre être affinée avec l'institution de plus de deux niveaux : ainsi en est-il avec l'institution des lois organiques en France et en Espagne, ou des lois votées avec une majorité spéciale en Belgique ; ou encore avec l'instauration de procédures de révision différenciées selon l'importance des dispositions constitutionnelles à modifier : ainsi, en Espagne, la distinction des dispositions constitutionnelles dont la révision relève de la procédure de l'article 167 et de celles, plus fondamentales encore, dont la modification relève de l'article 168 (ce qui fait avec les lois organiques quatre niveaux de normes juridiques) ; en Inde et au Pakistan, la nécessité d'obtenir l'accord de la majorité des législatures d'État pour réviser les articles les plus importants ; dans beaucoup d'États issus de l'Empire britannique

(Malte, Maurice, îles des Antilles et du Pacifique[12]), l'existence d'au moins une procédure renforcée pour les dispositions relatives aux droits fondamentaux et à certaines institutions politiques particulièrement importantes ou sensibles (la Couronne, le pouvoir judiciaire, l'Ombudsman, le statut de la fonction publique).

Les limites à la révision de la Constitution ne sont pas nécessairement des obstacles à la volonté de la majorité

Bien évidemment, le contrôle de la constitutionnalité paraît tenir en échec toute volonté majoritaire, aussi large soit-elle, si la Constitution prévoit elle-même que certaines de ses dispositions sont irréformables, comme l'indique en France le dernier alinéa de l'article 89 de la Constitution de 1958 pour la forme républicaine du gouvernement. Encore
112 faut-il relativiser de telles interdictions car une double révision, l'une supprimant l'interdiction, l'autre procédant à la modification précédemment interdite, peut résoudre le problème. Ainsi fut-il fait au Portugal pour supprimer l'interdiction – figurant dans le texte originaire de la Constitution de 1976 – pour les révisions de porter atteinte aux principes de l'appropriation collective des principaux moyens de production et de l'élimination des monopoles et des *latifundia*. De même, en Grèce, si l'Assemblée constituante qui rédigea la Constitution de 1975 s'estima liée par la disposition de la Constitution antérieure qui interdisait de porter atteinte à la forme du régime – et reconduisit cette interdiction –, elle n'en soumit pas moins la question du choix du régime (monarchie ou république), au référendum, par un appel direct à la souveraineté populaire[13].

Le contrôle de constitutionnalité trouve en effet ses limites face à une volonté politique forte : les arrêts « Harris Cases » (1952-1957) de la Cour suprême d'Afrique du Sud interdisant l'abrogation des dispositions constitutionnelles qui garantissaient le droit de vote des métis de la province du Cap, l'arrêt « Bribery Commissioner *versus* Ranasinghe » (1964) du comité judiciaire du Conseil privé interdisant au Parlement de Ceylan de modifier les dispositions constitutionnelles protégeant la liberté religieuse (et les minorités), l'arrêt de la Cour

12. Dans ces États, la procédure de révision est une variante de la procédure législative ; il est donc relativement facile d'imaginer plusieurs variantes (au lieu d'une seule) avec exigence de majorités renforcées de plus en plus fortes, voire un référendum de ratification.

13. La même procédure en deux temps fut utilisée en Italie en 1946 : un référendum décida du passage de la monarchie à la république, l'Assemblée constituante rédigeant ensuite la Constitution en conséquence.

suprême colombienne de 1978 annulant la révision constitutionnelle de 1977 qui réformait l'organisation du pouvoir judiciaire n'ont pas empêché le pouvoir politique dans chacun de ces pays d'imposer néanmoins sa volonté par la suite avec la promulgation de nouvelles constitutions, respectivement en 1961, 1972 et 1992.

Le Conflit entre le Contrôle de Constitutionnalité et la Volonté Majoritaire : vers la Supraconstitutionnalité ?

Quand le contrôle de constitutionnalité met en échec le pouvoir de révision

La Cour suprême indienne a eu plus de chance que ses homologues sud-africaine, cinghalaise et colombienne. L'article 13 de la Constitution de 1950 interdisait à l'État de faire des lois portant atteinte aux droits fondamentaux garantis par cette constitution. Après avoir, dans un premier temps, déclaré que cette limitation ne concernait pas les lois de révision constitutionnelle, la Cour suprême devait, dans l'arrêt « Golak Nath » de 1967, revenir sur cette jurisprudence et déclarer que les limitations contenues dans l'article 13 s'imposaient au pouvoir constituant. Elle entra ainsi en conflit avec le gouvernement de M^me^ Gandhi qui, en réponse, fit voter par le Parlement, en 1971, le 24^e^ amendement. Celui-ci restaurait la plénitude du pouvoir de révision du Parlement en modifiant tant l'article 13 que les dispositions sur la révision. La Cour suprême s'inclina, mais elle devait affirmer dans l'arrêt « Kesavananda Bharati » de 1973 que l'on devait distinguer le pouvoir de révision du pouvoir constituant originaire et qu'en conséquence le Parlement ne pouvait, lors d'une révision, porter atteinte à la « structure de base » de la Constitution. Munie d'un tel instrument, la Cour suprême, dans l'arrêt « Minerva Mills » de 1978, a déclaré l'inconstitutionnalité des dispositions du 44^e^ amendement qui prétendaient, d'une part, restituer au Parlement le pouvoir de modifier la structure de base de la Constitution et, d'autre part, interdisaient de mettre en question la validité d'une révision constitutionnelle devant les tribunaux. Il faut bien avouer, toutefois, que cette victoire de la Cour suprême sur le gouvernement de M^me^ Gandhi ne fut pas le pur produit d'un raisonnement juridique ; elle fut largement rendue possible par les ennuis politiques que connut ce gouvernement et qui aboutirent en 1978 à la première défaite électorale du Parti du

Congrès. Ce fut cet échec qui consolida la thèse de la Cour suprême et conduisit les gouvernements suivants – y compris ceux de M^me^ Gandhi puis de son fils – à ne pas rouvrir le débat, et les juges à avoir une conception de plus en plus extensive de la « structure de base » de la Constitution.

De même la Loi fondamentale de Bonn comporte une clause d'irréformabilité (article 79, alinéa 3 : « Toute révision qui toucherait à l'organisation de la fédération en Länder, au principe de la participation des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1^er^ et 20 est interdite ») qui coexiste d'ailleurs curieusement avec un article 146 affirmant le caractère provisoire de ladite Loi fondamentale qui deviendra caduque « le jour de l'entrée en vigueur d'une constitution adoptée par le peuple allemand en pleine liberté de décision ». Certains, en Allemagne, ont voulu s'appuyer sur l'article 79 pour faire déclarer inconstitutionnelle la ratification du traité de Maastricht et la révision constitutionnelle du 20 décembre 1992 autorisant la participation de la RFA à l'Union européenne, l'une et l'autre approuvées par l'ensemble des forces politiques allemandes (543 oui, 17 non et 8 abstentions au Bundestag pour la ratification du traité de Maastricht). Même si elle a débouté les requérants, la Cour constitutionnelle allemande, dans son arrêt du 12 octobre 1993, a néanmoins posé certaines conditions à la construction européenne, celle-ci devant répondre à des exigences démocratiques identiques à celles imposées en droit constitutionnel interne (rôle des parlements, respect des droits fondamentaux, participation des Länder aux décisions européennes les affectant, identité de mission de la Bundesbank et de la Banque centrale européenne). Il y a donc là des limites imposées au pouvoir constituant allemand (et donc aussi aux partenaires de l'Allemagne) qu'il serait impossible au Bundestag et au Bundesrat, fussent-ils l'un et l'autre unanimes, de franchir.

Le même problème peut se poser aux États-Unis où l'article 5, relatif à la révision de la Constitution de 1787, précise : « Aucun État ne pourra être privé, sans son consentement, de l'égalité de suffrage au Sénat. » Cette règle est également interprétée comme formulant une limitation des compétences du pouvoir de révision puisque celui-ci ne pourrait déroger au principe d'une représentation égale des États au Sénat sans l'accord de chacun des États « lésés ». Mais, plus généralement, elle paraît s'opposer implicitement, encore que cela ait été contesté, à la suppression du Sénat ou à celle d'un État.

En France enfin, on peut s'interroger sur les conséquences à tirer

de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, qui autorisa la « révision-abrogation » de la Constitution de 1946 et l'élaboration de celle de 1958. Cette loi constitutionnelle formulait cinq bases que devait mettre en œuvre la nouvelle constitution. Dans la mesure où ces cinq bases s'imposaient aux auteurs de la Constitution de 1958, ne s'imposent-elles pas également lors de toute révision de celle-ci ? L'accepter serait admettre qu'il y a, en dehors de la forme républicaine du gouvernement, des limites implicites – et notamment la responsabilité du gouvernement devant le Parlement – à l'exercice du pouvoir de révision. Le refuser conduirait au paradoxe de considérer que le pouvoir de révision peut se permettre d'édicter des dispositions qui étaient interdites au pouvoir originaire.

De la supraconstitutionnalité au droit naturel 115

Dans les cas précédents, le contrôle de constitutionnalité vise à faire respecter la limitation des compétences du pouvoir de révision. Il est encore possible de s'évader de ces limitations en faisant appel au pouvoir constituant originaire. La Cour suprême indienne a bien souligné cette distinction ; encore s'agit-il de savoir comment s'exerce le pouvoir constituant originaire : s'agit-il d'un simple fait provoquant la rupture de l'ordre juridique ou, par parallélisme des formes, faut-il recourir à la même procédure que celle qui a servi à la rédaction de la Constitution en vigueur[14] ?

Dans une conception plus absolue, même le pouvoir constituant originaire doit respecter certains principes relevant de la supraconstitutionnalité. En France, on peut trouver des traces de l'affirmation de l'existence d'une telle supraconstitutionnalité. Ainsi le Préambule de la Déclaration de 1789 parle des « droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme », qu'il se contente d'exposer pour en éviter « l'ignorance, l'oubli ou le mépris » mais qu'il n'institue pas. On pourrait en conclure que ces droits ont une valeur supérieure aux « simples » dispositions constitutionnelles, et notamment aux droits contenus dans le Préambule de 1946, qui, étant simplement « particulièrement nécessaires à notre temps », n'auraient qu'une valeur plus circonstancielle. Par ailleurs, certains juristes ont contesté la révision constitutionnelle qui avait pour but de rendre notre Constitution compatible avec les

14. En Inde, on aboutirait au paradoxe conduisant à recourir, au nom du parallélisme des formes, à l'élection d'une Assemblée constituante par les parlements des États (comme en 1946) et non directement par les électeurs.

accords de Schengen au motif qu'elle était contraire aux dispositions constitutionnelles sur le droit d'asile qu'ils jugeaient relever d'un ordre juridique supérieur, plus fondamental que les articles de la Constitution proprement dite. D'autres font référence à un droit constitutionnel commun aux « nations civilisées » (pour utiliser la terminologie de l'article 7, alinéa 2, de la Convention européenne des droits de l'homme) ou, plus simplement, aux États de l'Union européenne ; le Conseil constitutionnel lui-même, dans son arrêt du 9 avril 1992 sur Maastricht, ne parlait-il pas des « traditions constitutionnelles communes aux États membres » ?

La généralisation de l'existence d'un contrôle de constitutionnalité dans chaque État pousse en effet à admettre la mondialisation de principes fondamentaux qui seraient communs à toutes les sociétés humaines. Le souvenir de la Seconde Guerre mondiale et le rejet de tous les totalitarismes, l'existence de traités internationaux sur les droits de l'homme, l'universalisme même de la notion de constitution conduisent à soutenir qu'il existe un socle des mêmes libertés fondamentales qui unit, au-delà de leurs particularités locales, tous les systèmes juridiques.

Il faut bien voir qu'avec de tels concepts on revient à l'affirmation de l'existence d'un droit naturel dont on se demande sur quelle transcendance il peut s'appuyer pour être légitime. Ou ce « droit naturel » fait partie des « catégories de l'entendement », des « vérités évidentes par elles-mêmes », comme dit la Déclaration d'indépendance des États-Unis, et il s'impose « naturellement » à tous. Ou, si ce n'est pas le cas, il n'est pas si « naturel » puisqu'il faut que quelques « sages » le découvrent et le proclament à la face des citoyens ignorants. Et l'on retrouve là toute la problématique de la composition des cours constitutionnelles. Les modalités de nomination des membres de celles-ci – ou des cours suprêmes exerçant le contrôle de constitutionnalité – sont très variables ; à la différence de l'élection pour les parlements, il n'existe aucun modèle évident pour effectuer ces nominations. Il s'agit nécessairement de procédures « pragmatiques » dont aucune n'est incontestable. Cela ne porte guère à conséquence quand, par des procédures plus lourdes que celles régissant le vote des lois ordinaires, le pouvoir souverain du peuple peut finalement l'emporter. Le rôle des cours se résume à un pouvoir de veto à l'égard du législateur, à l'égard du pouvoir d'initiative des autorités politiques « de droit commun ». Le juge est alors bien *the less dangerous branch* de trois pouvoirs traditionnels. S'il lui appartient de formuler des vérités « révélées »

irréfragables, la question est tout autre. Et l'État de droit ne gagnerait rien à ce que, par l'affirmation d'un constitutionnalisme « intégriste » et face à l'impossibilité pour le pouvoir, fût-il constituant, de prendre les mesures voulues par la majorité du peuple, celle-ci s'évade des procédures juridiques préétablies et impose sa volonté par le pur fait d'une révolution.

RÉSUMÉ

Le contrôle de constitutionnalité fut longtemps contraire à la conception européenne de non-limitation des pouvoirs d'un Parlement doté de la légitimité électorale, alors qu'il correspondait à la conception américaine de la limitation de tous les pouvoirs. Son apparition, puis sa généralisation, ont été concomitantes à l'apparition de la recherche de la stabilisation de l'exécutif, grâce au parlementarisme rationalisé. Le contrôle de constitutionnalité ne limite que les pouvoirs de la majorité parlementaire, mais pas ceux du souverain qu'est, dans une démocratie, le peuple. Celui-ci, en tant que titulaire du pouvoir constituant, doit toujours pouvoir, même quand la Constitution prévoit des limitations du pouvoir de révision, faire prévaloir sa volonté.