

REIMAGINER LES FRONTIERES DU DROIT CONSTITUTIONNEL

VII^{EME} CONGRES MONDIAL DE DROIT CONSTITUTIONNEL

**La limite au pouvoir de révision constitutionnelle,
du concept à la notion¹**

Jean-Philippe DEROSIER²

Atelier IX, Les limites au pouvoir de révision d'une constitution
Sous la direction des Professeurs Claude KLEIN et Sanford LEVINSON

— Athènes, 11 au 15 juin 2007 —

¹ Version provisoire.

² Doctorant à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, Centre de Recherches en Droit Constitutionnel. Intitulé de la thèse : “ Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne en droit comparé ”, sous la direction du Professeur Otto PFERSMANN.

Il est nécessaire, tout d'abord, de relever dans quel cadre s'inscrit cette étude : l'atelier est intitulé " les limites au pouvoir de réviser une constitution ". L'un des objets de l'étude est donc le pouvoir de révision constitutionnelle et non pas ce que l'on appelle parfois le " pouvoir constituant ", ou même le pouvoir constituant dérivé. Le pouvoir constituant (originaire ou dérivé) n'a aucune existence juridique précisément parce qu'il " constitue " et se situe donc en amont de l'existence du droit. Il ne peut donc pas faire l'objet d'une étude juridique et il est impossible de prévoir quelque limite juridique que ce soit au pouvoir constituant. Il faut donc opérer une distinction claire entre le pouvoir constituant, qu'il soit " dérivé " ou " originaire ", et le pouvoir de révision constitutionnelle, seul processus juridique valide pour réviser une constitution³.

L'analyse des limites au pouvoir de révision constitutionnelle s'inscrit donc dans un cadre strictement juridique. Mais avant même de pouvoir s'intéresser à l'objet matériel de ces limites, il faut en dégager une définition précise, qui doit nécessairement être une définition juridique. C'est l'ambition de la présente contribution qui, à partir d'une recherche sur l'origine et la signification du concept de limite (1), s'efforcera de démontrer l'inopérabilité d'un tel concept en droit (2), où l'on ne peut en envisager qu'une notion particulière, à partir d'une définition téléologique de limite constitutionnelle (3). Cette définition établie, on pourra dégager, en conclusion, ses premières conséquences (4).

1. L'ORIGINE ET LA SIGNIFICATION DU CONCEPT

Le terme " limite " trouve son origine étymologique dans le lexème latin *limes* qui signifie en premier lieu le « sentier, passage entre deux champs »⁴ et qui renvoyait également à la frontière fortifiée de l'Empire romain⁵. Son apparition dans la langue française est datée du milieu du XIV^{ème} siècle et il traduit l'idée de frontière, que ce soit celle qui partage deux (ou plusieurs) choses ou celle qui marque l'extrémité d'une chose⁶. Sur cette base sont construits des dérivés tels que limitation ou limitatif.

Le *concept* de limite correspond ainsi aux frontières qui séparent et/ou qui encadrent un comportement, une action ou un objet.

³ Pour plus de détails sur cette distinction, cf. notamment Olivier BEAUD, " Maastricht et la théorie constitutionnelle. La nécessaire et inévitable distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision constitutionnelle ", in *Les Petites Affiches*, 31 mars et 2 avril 1993, n° 39 et 40, pp. 14 à 17 et 7 à 10.

⁴ *Le Grand Gaffiot. Dictionnaire latin-français*, Hachette, Paris, 2000.

⁵ On trouve notamment une apparition de ce terme dans le Code Justinien.

⁶ On utilise volontairement le terme aussi vague " chose " car la limite peut concerner à la fois des objets concrets (le ruisseau trace la limite de deux terrains ou la limite du terrain est le ruisseau) que des objets abstraits (les limites de l'intelligence humaine).

Dans le domaine scientifique, ce terme a d'abord été utilisé en mathématique. Il fait « son apparition dans un ouvrage du mathématicien anglais B. Robins intitulé *A Discourse Concerning the Nature and Certainty of Sir Isaac Newton's Method of Fluxions and Prime and Ultimate Ratios* (1735) ; c'est une réponse aux critiques formulées par le philosophe G. Berkeley à l'encontre du calcul infinitésimal dans son célèbre pamphlet *The Analyst* (1734). Robins essaie de préciser et de clarifier l'expression un peu obscure de Newton " premières et dernières raisons ", en parlant de limites vers quoi tendent, sans jamais les atteindre, des rapports de quantités variables »⁷. C'est précisément cette idée " d'intouchabilité " qui sera utile pour la définition de la notion de limite à la révision constitutionnelle.

2. L'INOPERABILITE DU CONCEPT DE LIMITE JURIDIQUE

En elle-même, l'utilisation du concept de limite en droit est peu opératoire. En effet, si l'on considère le droit comme un ordre juridique, ainsi que l'a défini Kelsen, c'est-à-dire à la fois comme un « ordre de la conduite humaine » et comme un « ordre de contrainte »⁸, le droit est alors un phénomène de limitation. « Les normes de l'ordre juridique règlent la conduite d'êtres humains »⁹, laquelle « peut être soit une action positive soit une abstention négative »¹⁰, ce qui signifie que cette conduite humaine est encadrée juridiquement, que les comportements humains peuvent évoluer librement dans le cadre de l'ordre juridique. Autrement dit, ils sont limités par le droit. Lorsqu'une norme commande, habilite, permet ou abroge¹¹, elle détermine et modifie les limites auxquelles sont soumis les destinataires des normes de l'ordre juridique auquel elle se rattache. Par ailleurs, le droit réglementant sa propre production, les destinataires d'une norme peuvent être soit des individus soit des normes elles-mêmes, dont la production est réglementée, et donc limitée juridiquement, par une autre norme. Ainsi, évoquer les " limites au pouvoir de révision constitutionnelle " c'est, en premier lieu, évoquer un pléonasme : le pouvoir de révision constitutionnelle, en tant que pouvoir juridique est juridiquement encadré donc juridiquement limité. Ces limites correspondent, en France par exemple, à l'exigence du dépôt d'un projet ou d'une proposition de révision, à son adoption en termes identiques par l'Assemblée nationale et le Sénat puis à son approbation par *referendum* (procédure ordinaire) ou par un vote du Congrès à la majorité des trois cinquièmes (procédure exceptionnelle, *a priori* valable uniquement pour les projets de loi)¹².

⁷ Christian HOUZEL, " Limite (notion de) ", in *Encyclopædia Universalis*, Paris, 2002, vol. 27.

⁸ Sur cette définition de l'ordre juridique, cf. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Traduction française de la 2^{ème} édition de la *Reine Rechtslehre* par Charles EISENMANN, Bruylant, L.G.D.J., Paris, 1999, p. 39 à 64.

⁹ *Ibidem*, p. 39.

¹⁰ *Ibidem*, p. 40.

¹¹ Ce sont les fonctions essentielles de la norme, selon Kelsen, cf. *ibidem*, pp. 23 et 24 ainsi que Hans KELSEN, *Théorie générale des normes*, traduction de Olivier BEAUD et Fabrice MALKANI, PUF, Paris, coll. " Léviathan ", 1996, p. 1.

¹² Cf. art. 89 de la Constitution française.

En réalité, lorsque l'on évoque les limites à la révision constitutionnelle, on ne traite pas du concept même de limite, mais d'une certaine notion de limite, c'est-à-dire d'une certaine application du concept à un objet particulier : la révision constitutionnelle. La définition de cette notion, qui permettra de déterminer l'objet d'une analyse traitant précisément de ces limites à la révision de la constitution, est principalement téléologique, c'est-à-dire qu'elle se fonde en premier lieu sur l'intérêt qu'il y a de dégager une catégorie spécifique de dispositions constitutionnelles que sont ces limites. Or, si l'on entend par ces limites la simple procédure de révision de la constitution, les deux définitions se recoupent et il n'y a aucun intérêt à dégager une catégorie particulière qui n'est logiquement pas particulière.

3. LA DEFINITION TELEOLOGIQUE DE LA NOTION DE LIMITE CONSTITUTIONNELLE

Dégager une catégorie spécifique de dispositions constitutionnelles, appelées " limites à la révision constitutionnelle " ou " limites constitutionnelles ", trouve un intérêt dès lors que l'on souhaite déterminer quelles normes échappent à cette révision. C'est la raison pour laquelle la notion de limite constitutionnelle se rapproche de l'idée " d'intouchabilité " propre à la limite mathématique : il s'agit d'une disposition constitutionnelle qui ne peut pas être " touchée " par la procédure de révision constitutionnelle, et cela de façon absolue. Une limite juridique est ainsi une norme valide d'un ordre juridique pour la révision et surtout la suppression de laquelle ne sont prévues aucune procédures normatives. La procédure qui régit la révision de la constitution – qui est habituellement plus exigeante que la procédure prévue pour la création des normes générales et abstraites (lois) – régit une compétence qui concerne l'ensemble des dispositions constitutionnelles, à l'exception de la (des) disposition(s) appelée(s) limite(s) constitutionnelle(s). C'est à cela que renvoie l'expression utilisée en allemand pour désigner de telles dispositions, *Ewigkeitsklausel*, qui signifie " clause d'éternité " : une telle disposition ne peut jamais être remise en cause, elle est donc éternelle dans l'ordre juridique considéré. Si elle disparaît, cela résulte d'un processus qui n'est pas normatif mais purement factuel (précisément parce qu'elle se définit par la norme pour la suppression de laquelle n'existe aucune procédure normative) et entraîne une révolution juridique.

On ajoutera que de telles limites juridiques ne peuvent qu'être de rang constitutionnel, autrement dit, elles ne peuvent se situer qu'au niveau le plus élevé de la hiérarchie des normes. En effet, au sein de la hiérarchie des normes, une norme est supérieure à une autre dès lors qu'elle prévoit ses règles de production¹³. Ainsi, une norme inférieure à la constitution est toujours susceptible d'être révisée ou supprimée selon les règles prévues par la constitution ; si elle ne l'est pas, alors elle n'est pas inférieure à la constitution. En revanche, la constitution étant la norme suprême d'un ordre juridique, c'est-

¹³ Pour des développements sur la théorie de la hiérarchie des normes, cf. principalement Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit. ; Otto Pfersmann, " Carré de Malberg et ' la hiérarchie des normes ' ", in *RFDC* 1997, pp. 481 à 509 ; Otto Pfersmann, " Hiérarchie des normes ", in Denis Alland et Stéphane Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, Coll. " Quadrige ", 2003 et la bibliographie sous cet article.

à-dire la norme « dont la validité ne peut être expliquée par aucune autre norme effectivement édictée »¹⁴, elle prévoit elle-même sa propre révision. Dès lors, de même qu'il peut y avoir différents degrés dans la procédure de révision, c'est-à-dire qu'il peut y avoir des procédures plus ou moins complexes en fonction des dispositions constitutionnelles qu'il s'agit de réviser¹⁵, de même la procédure de révision peut être logiquement limitée, c'est-à-dire que certaines dispositions peuvent lui échapper.

4. CONSEQUENCES DE L'EXISTENCE DE CES LIMITES CONSTITUTIONNELLES

D'aucuns soutiennent que de telles limites absolues ne peuvent exister, principalement pour deux raisons. D'une part, l'on oppose le caractère " souverain " du " pouvoir constituant " (dérivé). On a vu que l'on peut écarter facilement cet argument en démontrant, d'abord, que le pouvoir constituant (dérivé) n'existe pas juridiquement et qu'il ne peut s'agir que d'un pouvoir constitué, appelé éventuellement pouvoir de révision. Ensuite, si celui-ci est constitué, alors il est soumis aux règles constitutionnelles et il n'est donc pas " souverain " (dans le sens entendu ci-dessus, c'est-à-dire " illimité "). Enfin, soumis aux règles constitutionnelles, le pouvoir de révision est limité (puisque tout processus juridique est un processus de limitation, cf. *supra*) et il est possible que la constitution prévoit une compétence délimitée de ce pouvoir de révision, c'est-à-dire qu'elle exclut de son champ de compétence certaines dispositions constitutionnelles.

D'autre part, on rétorque parfois que la norme prévoyant la limite pourrait elle-même faire l'objet d'une révision dans les formes constitutionnelles afin d'être supprimée, et l'on pourrait ensuite réviser ce qui auparavant était irrévissable. Parce qu'illogique, ce procédé est juridiquement impossible. En effet, pour l'empêcher, il suffirait qu'une autre norme prévoie que la norme qui prévoit la limite ne puisse être révisée ou supprimée. Mais alors, il faudrait d'abord supprimer cette norme, pour supprimer ensuite la norme prévoyant la limite, pour réviser ensuite ladite limite. Et ainsi de suite, indéfiniment. C'est précisément parce que l'on peut pousser ce raisonnement à l'infini, ce qui serait long, rébarbatif et surtout absurde et impossible, qu'une limite constitutionnelle absolue est " elle-même limitée ", c'est-à-dire qu'elle ne peut pas, elle-même, faire l'objet d'une révision¹⁶. En effet, il serait strictement

¹⁴ Otto PFERSMANN, " La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne fédérale, théorie, pratique, limites ", in Association française des constitutionnalistes, *La révision de la Constitution, Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992*, Economica, Puam, Paris, Aix-en-Provence, Coll. Droit public positif, 1993, p. 15.

¹⁵ Ces différences de degré peuvent être appelées « différenciation hiérarchique » dans la révision de la constitution. On renverra sur ce point notamment à Xavier MAGNON, " Quelques mots encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence. En hommage au doyen Louis Favoreu ", in *RFDC* 2004, n° 59, pp. 595 à 617, ainsi qu'à Louis FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, Coll. Précis, 9^{ème} édition 2006, § 145 et s.

¹⁶ La question de la " révision de la révision " a été longuement traitée par d'éminents juristes et logiciens. On ne peut y consacrer ici de longs développements : on se bornera donc à renvoyer à leurs travaux et à rappeler leurs principales conclusions. Cf. ainsi Herbert Lionel Adolphus HART, " Self-referring Laws ", in Herbert Lionel Adolphus HART, *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford University Press, New York, 1983, pp. 170 à 178 (réimpr. De " Self-referring Laws ", in *Festschrift Tillägnad Karl Olivecrona*, Kungl. Boktryckeriet, P. A. Norsted & Stöner, Stockholm, 1964, pp. 307 à 316) ; Alf Ross, " On self-reference and a puzzle in constitutional law ", in

illogique de prévoir qu'un pouvoir soit limité s'il peut lui-même supprimer la limite en question. Cela impliquerait qu'une telle disposition juridique n'existerait pas. Or, puisqu'elle existe textuellement, cela signifierait qu'elle serait dépourvue de portée juridique. Mais la constitution est une norme, ses dispositions revêtent donc une portée normative, donc une telle disposition ne peut pas être supprimée.

La notion de limite à la révision constitutionnelle correspond donc à une disposition de rang constitutionnel qui, dès lors qu'elle est valide dans un ordre juridique, ne peut pas être supprimée par des procédures normatives.

Elle est donc absolue et éternelle.

Mind. A quarterly review of psychology and philosophy, 1969, vol. LXXVIII, No. 309, pp. 1 à 24 ; Peter SUBER, *The paradox of self-amendment : A Study of law, logic, omnipotence, and change*, Peter Lang Publishing, 1990, 478 p.

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

- Paolo BISCARETTI DI RUFFIA – *Sui limiti della “ revisione costituzionale ”*, Jovene Editore, Napoli, 1949, 54 p.
- Herbert Lionel Adolphus HART – *Le concept de droit*, traduction de Michel VAN DE KERCHOVE, Publications de l'Université de St Louis, Bruxelles, 2^{ème} édition 2005, 344 p.
- Walter JELLINEK – *Grenzen der Verfassungsgesetzgebung*, Springer, Berlin, 1931, 27 p.
- Hans KELSEN – *Théorie pure du droit*, traduction de Charles EISENMANN, Bruylant, L.G.D.J., Bruxelles, Paris, Coll. “ La pensée juridique ”, 1999, 367 p.
- Claude KLEIN – *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, Paris, Coll. “ Les voies du droit ”, 1996, 217 p.
- Marie-Françoise RIGAUX – *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Maison Ferdinand Larquier, Bruxelles, 1985, 335 p.
- Peter SUBER – *The paradox of self-amendment : A Study of law, logic, omnipotence, and change*, Peter Lang Publishing, 1990, 478 p., version en ligne : <http://www.earlham.edu/~peters/writing/psa/>
- Christoph WITTEKINDT – *Materiell-rechtliche Schranken von Verfassungsänderungen im deutschen und französischen Verfassungsrecht. Eine verfassungsvergleichende Untersuchung*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2000, 226 p.

- Herbert Lionel Adolphus HART – “ Self-referring Laws ”, in Herbert Lionel Adolphus HART, *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford University Press, New York, 1983, pp. 170 à 178 (réimpr. De “ Self-referring Laws ”, in *Festschrift Tillägnad Karl Olivecrona*, Kungl. Boktryckeriet, P. A. Norsted & Stöner, Stockholm, 1964, pp. 307 à 316)
- Xavier MAGNON – “ Quelques mots encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence. En hommage au doyen Louis Favoreu ”, in *RFDC* 2004, n° 59, pp. 595 à 617
- Otto PFERSMANN – “ Carré de Malberg et ‘ la hiérarchie des normes ’ ”, in *RFDC* 1997, pp. 481 à 509
- Otto PFERSMANN, “ La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne fédérale, théorie, pratique, limites ”, in Association française des constitutionnalistes, *La révision de la Constitution, Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992*, Economica, PUAM, Paris, Aix-en-Provence, Coll. Droit public positif, 1993, pp. 7 à 65
- Alf ROSS – “ On self-reference and a puzzle in constitutional law ”, in *Mind. A quarterly review of psychology and philosophy*, 1969, vol. LXXVIII, No. 309, pp. 1 à 24