

POUVOIR CONSTITUANT ET CONTRE-POUVOIR

Fabrice Hourquebie

*Maître de Conférences en droit public CERCLE-CEREB
Université Montesquieu-Bordeaux IV*

J'avoue que lorsque mon ami et collègue Ghazi Gherairi m'a contacté pour me proposer de traiter ce thème, ma première réaction fut l'enthousiasme devant l'originalité de la tâche. Mais j'avoue aussi que, quelques jours plus tard, après avoir commencé à réfléchir aux implications théoriques du sujet, ma seconde réaction fut l'inquiétude devant, cette fois, l'ampleur de la tâche !

Car ces deux notions (pouvoir constituant et contre-pouvoir) connaissent des difficultés d'existence. D'une part, l'idée même de dualité de pouvoir constituant est l'objet de controverses : c'est ici toute la question de la réalité du pouvoir constituant originaire, de sa dilution dans le constituant dérivé et de la « récession » de la nation, pour reprendre les termes des organisateurs de ce colloque. D'autre part, la notion de contre-pouvoir est d'essence doctrinale, c'est-à-dire théorique ; elle n'est validée par aucun texte de droit constitutionnel positif et l'idée va même jusqu'à être rejetée par une majorité de la doctrine dans l'analyse constitutionnelle, en France notamment !

Autrement dit, comment envisager le lien entre une notion dont la consistance est en partie discutée (le pouvoir constituant) et une autre dont l'existence même n'est pas avérée (le contre-pouvoir) ? Voilà, semble-t-il, le paradoxe qu'il va falloir surmonter. Pour y parvenir, il faudra postuler un vocabulaire commun, en ce qui concerne le pouvoir constituant, bien sûr ; mais aussi, et surtout, en ce qui concerne la notion de contre-pouvoir. Ce qui nous permettra ensuite de proposer, avec beaucoup de précautions et de manière tout à fait ouverte, un certain nombre de pistes de réflexions sur la relation entre les deux concepts.

Concernant, le pouvoir constituant d'abord.

Il faut avant tout partir du lien indissoluble qui existe entre nation, attribution de la souveraineté et exercice du pouvoir constituant. Le pouvoir ne peut procéder que d'un seul. Il n'a d'autre origine que la volonté du corps social tout entier, c'est-à-dire du peuple souverain. Le

pouvoir constituant apparaît alors comme fondamental, au sens premier du terme, puisque c'est lui qui définit les conditions dans lesquelles la société est organisée ainsi que les modalités d'exercice du pouvoir¹.

Dans cette perspective, aujourd'hui, le peuple souverain est donc le seul compétent pour se donner un acte constituant ; la volonté sous-jacente étant alors de garantir la stabilité dudit texte et la pérennité de l'organisation juridique qu'il instaure. D'où la distinction nécessaire, et bien connue, entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé ou institué. Distinction ancienne s'il en est, puisqu'exprimée plus ou moins clairement par Locke et Rousseau, et systématisée, de façon plus évidente, par Sieyès, dans *Qu'est ce que le Tiers-Etat*².

De manière classique, donc, et dans le cadre des constitutions rigides bien sûr, le pouvoir constituant originaire est celui qui, directement exercé par le souverain, élabore la constitution ; le pouvoir constituant dérivé étant, quant à lui, exercé par les organes établis par la constitution en vue de pourvoir à sa révision. Ce qui a pour effet, d'une part, de soumettre les organes constitués à la volonté du souverain constituant, en les obligeant à respecter les conditions et règles de procédure qu'il a posées. Ce qui interroge, d'autre part, sur la pérennité ou la possible dilution du pouvoir constituant originaire dans le pouvoir

¹ Cette conception du pouvoir constituant, que l'on pourrait qualifier de moderne, est primordialement un héritage de l'expérience constitutionnelle américaine. A travers le préambule de la Constitution des Etats-Unis, le peuple américain se dote d'une constitution et se pose comme la seule autorité légitime capable de définir les conditions et les règles d'exercice du pouvoir. Cette appropriation de la fonction constituante par le peuple trouve ensuite un écho en France, lors de la révolution de 1789. Mais avec une nuance, qui tient au fait que le Roi est associé au processus constituant, car il n'est pas encore dépossédé de sa puissance royale au moment où les Etats généraux élaborent la Déclaration des droits, in D.-G. LAVROFF, *Le droit constitutionnel de la V^{ème} République*, 3^{ème} édition, Dalloz, 1999, pp. 101-102.

² « Les lois constitutionnelles sont dites fondamentales, non pas en ce sens qu'elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent pour elles ne peuvent point y toucher. Dans chaque partie la constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant », cité in D.-G. LAVROFF, *Le droit constitutionnel de la V^{ème} République*, op. cit., p. 107.

constituant dérivé. Renvoyant ainsi à des logiques différentes, les deux branches du pouvoir constituant ne pourront donc être saisies de manière identique par la notion de contre-pouvoir.

Notion de contre-pouvoir sur laquelle il faut s'accorder maintenant et dont on distinguera quatre caractéristiques principales.

Premièrement, le contre-pouvoir est une référence montante dans l'analyse politique et constitutionnelle. On recourt à la sémantique des contre-pouvoirs, comme par réflexe culturel, de façon parfois automatique, voire obsessionnelle. Cette référence défreinée et inflationniste à la notion induit alors une perte de sens³, la multiplication des renvois aux contre-pouvoirs dans la culture démocratique aboutissant, inévitablement, à priver la notion de toute pertinence théorique. A la limite, si tout est contre-pouvoir, rien n'est alors véritablement contre-pouvoir !

Pourtant, deuxièmement, contre toute attente, l'idée du contre-pouvoir n'est pas nouvelle. Elle s'inscrit profondément dans la logique libérale. Elle a été réinventée avec le néolibéralisme en général, mais trouve son origine chez Montesquieu et dans son souci du « gouvernement modéré »⁴. Sa célèbre formule de L'Esprit des Lois selon laquelle, « Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »⁵, ne contient rien d'autre, en germe, que l'esprit des contre-pouvoirs, c'est-à-dire de la garantie systémique d'un pouvoir modéré ! L'idée centrale, implicite dans son discours, est que la concurrence entre les pouvoirs induit leur modération par un jeu de compétition : le pouvoir s'arrête là où commence le contre-pouvoir.

³ S. MILACIC, Le contre-pouvoir, cet inconnu, in *Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p. 675. Pour l'auteur, « l'inflation du mot correspond à la dévalorisation du sens ». Il s'agit presque d'une application du principe de proportionnalité au contre-pouvoir : plus le mot est employé, moins le concept est rigoureux dans son contenu spécifique.

⁴ F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V^{ème} République*, Bruylant, 2004, pp. 59-63.

⁵ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Livre XI, Chapitre IV, *Continuation du même sujet*, Tome 1, Folio Essais, 1995, p. 326.

D'où, troisièmement, le constat selon lequel le contre-pouvoir est une notion fonctionnelle. Car pouvoir et contre-pouvoir ont des identités réversibles. Parfois, selon la nature du pouvoir, l'idée de contrôle, de régulation, est principale et formelle ; parfois, elle est seconde et implicite, mais elle est toujours impliquée par la notion de contre-pouvoir. Et elle renvoie, encore, à la distinction de Montesquieu entre faculté de statuer et d'empêcher⁶. Envisagée de manière isolée, la faculté d'empêcher n'est qu'un aspect de la modération des pouvoirs. Mais articulée à la faculté de statuer, elle permet de parvenir à un tempérament acceptable des puissances.

Ainsi, quatrièmement, pour répondre à une sensibilité moderne, la démocratie, elle-même, peut s'envisager comme un système global de contre-pouvoirs. Elle est le régime des contrôles réciproques, permanents et simultanés. Elle est une chaîne infinie des contre-pouvoirs, dans laquelle chaque pouvoir est en même temps le contre-pouvoir de son vis-à-vis ; le système produisant spontanément les défenses contre ses propres excès, grâce aux contre-pouvoirs. Tous les pouvoirs sont ainsi bornés, encadrés, articulés, en vue d'être équilibrés⁷.

Présenter la démocratie constitutionnelle comme un espace d'articulation des pouvoirs et des contre-pouvoirs, conduit alors nécessairement à s'interroger sur le sort réservé au premier d'entre tous les pouvoirs, le pouvoir constituant.

Car, si on postule que dans un régime de mise en concurrence des pouvoirs, chaque pouvoir doit rencontrer, sur son chemin, un contre-pouvoir suffisamment performant pour le modérer et réajuster le système, le pouvoir constituant, suprême et initial, peut-il remplir ce rôle de contre-pouvoir ?

Répondre à cette question oblige à la nuance et nécessite de prendre en compte la spécificité du pouvoir constituant qui n'est pas un pouvoir comme les autres : il est le pouvoir souverain, délégataire des compétences d'abord, et mobilisateur des compétences déléguées en-

⁶ F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V^{ème} République*, *op. cit.*, pp. 64-65.

⁷ F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V^{ème} République*, *op. cit.*, pp. 65-68.

suite. Pour cette raison, la grille de lecture du contre-pouvoir appliquée au pouvoir constituant doit conduire à réserver un traitement différencié au constituant originaire et au constituant institué. Concernant le premier, il faut se demander si le peuple souverain, en majesté, a vocation à contenir les pouvoirs constitués ; autrement dit si, dans la théorie démocratique, le souverain-constituant peut aussi être un « contre-souverain ». Concernant le second, il faut s'interroger sur la capacité du peuple et de ses représentants, en tant que constituants dérivés, à contrer les autres pouvoirs institués ; autrement dit, se demander si le pouvoir théorique « de dernier mot » du constituant dérivé trouve à s'exprimer dans une démocratie constituée.

Car si le pouvoir constituant originaire ne peut structurellement, s'analyser comme un contre-pouvoir (I), le pouvoir constituant dérivé, en revanche, peut s'appréhender, conjoncturellement, comme un véritable contre-pouvoir (II).

I. Le pouvoir constituant originaire n'est pas, structurellement, un contre-pouvoir

Le constituant originaire est le souverain, entendu comme un pouvoir initial et inconditionné. Il ne peut donc être à la fois, formellement, source de tous les pouvoirs et contre-pouvoir (A) ; même si, au niveau de la procédure mise en œuvre pour élaborer la constitution, l'esprit du contre-pouvoir n'est jamais loin (B).

A. Le pouvoir constituant originaire, source des pouvoirs

Le pouvoir constituant ne peut être considéré comme contre-pouvoir car il est, précisément, à l'origine des pouvoirs et que la notion de contre-pouvoir est une notion de démocratie constituée.

En effet, le peuple souverain apparaît comme titulaire d'un pouvoir de droit, originel et suprême, selon le mot de Laferrière. Or, on a pu montrer que pouvoir et contre-pouvoir ont des compétences et des légitimités pour partie interchangeables. Les deux sont réversibles, car les conjectures et les rapports de force sont variables, et peuvent induire des changements de vocations fonctionnelles. A considérer que le terme de pouvoir est approprié pour qualifier le constituant originaire, qu'est ce qui empêcherait de considérer le pouvoir constituant originaire, également, comme un contre-pouvoir ? Certainement le fait que

le pouvoir constituant originaire est initial, autonome, inconditionné et permanent. Initial, car rien n'existe au-dessus de lui : il exprime directement la volonté du souverain. Autonome, car personne ne peut l'influencer pour le limiter dans son action. Inconditionné, car aucune limite ne peut être fixée à son exercice. Et permanent, enfin, car le pouvoir constituant originaire ne disparaît pas après s'être exprimé dans sa plénitude⁸.

Ces quatre traits font bien ressortir le caractère éminemment souverain du constituant originaire. La logique formelle du droit exigeant qu'il n'y ait qu'un titulaire de la souveraineté, le peuple-constituant originaire est ainsi à l'origine du pouvoir ; de tous les pouvoirs. Il n'est donc pas un pouvoir comme les autres, car les autres n'existent que par lui et à travers l'acte constituant qu'il établit. Il est le pouvoir à la base des pouvoirs ; il est à la source des pouvoirs avec lesquels, en aucune circonstance, il ne peut être mis à égalité.

De surcroît, le contre-pouvoir ne peut se penser que dans le cadre d'une démocratie constituée, c'est-à-dire représentative. Car la fonction du contre-pouvoir est celle de modération réciproque des pouvoirs dans un système pluraliste. Or, le pouvoir constituant ici envisagé n'est pas un pouvoir constitué mais bien un pouvoir originaire. Donc en tant que pouvoir de droit, initial et ultime, le constituant originaire ne peut se prêter au jeu d'une fiction qui le ferait apparaître comme un contre-pouvoir suprême dans la démocratie constituée. Il se présente, en démocratie, comme le seul pouvoir sans contre-pouvoir car, par définition, « il ne peut mal faire ». L'idée même de pouvoir souverain interdit donc la possibilité d'erreur et, a fortiori, de contre-pouvoir destiné à la révéler en obligeant le souverain à revenir dans la limite de ses compétences.

Ainsi, dans la théorie constitutionnelle, le constituant originaire ne peut être souverain et contre-souverain. Et ce, même si l'idée du contre-pouvoir est intégrée, malgré tout, non pas tant au niveau de la

⁸ D.-G. LAVROFF, *Le droit constitutionnel de la V^{ème} République*, op. cit., pp. 106, 108. L'auteur rapporte en ce sens des extraits du discours prononcé par Frochet, devant l'Assemblée constituante en 1791 (*ibidem*, p. 109), séance du 3 septembre 1791, Archives parlementaires, tome XXX, pp. 187 et s.

structure du pouvoir constituant originaire, que de la procédure qu'il met en œuvre.

B. Le pouvoir constituant originaire, contre-procédure complexe

Le pouvoir constituant originaire n'est pas, on l'a montré, un contre-pouvoir. A la rigueur, la seule concession que l'on puisse faire à l'idée serait de dire que « l'esprit » du contre-pouvoir se retrouve au niveau de la procédure d'élaboration de la constitution ; il se manifeste, chez le souverain, à travers la contre-procédure qu'il peut mobiliser.

En fait, la stratégie de pondération trouve sa place à tous les étages des structures du pouvoir, jusqu'aux procédures concurrentes. Alors, parfois, l'idée de contre-pouvoir, c'est-à-dire de la modération, se retrouve davantage dans la procédure mise en œuvre que dans la structure organisationnelle du pouvoir⁹. Pour preuve, les processus les plus démocratiques d'établissement des constitutions se réalisent souvent en deux étapes qui intègrent le paramètre de la modération. Le peuple intervient une première fois pour désigner une Assemblée de représentants, chargée d'élaborer le nouveau texte. Puis il intervient, une seconde fois, à la fin, pour ratifier ou rejeter, par référendum, le projet élaboré par l'Assemblée constituante. Le pouvoir constituant originaire s'exprime ici en deux temps, qui font intervenir les mécanismes de la démocratie représentative (le vote parlementaire) et de la démocratie directe (l'approbation populaire). Mais pourquoi cette tautologie procédurale ? Car, en réalité, c'est bien le même souverain qui s'exprime. Il est interrogé à deux moments ; et l'expression de sa volonté en deux temps n'a d'autre objectif que d'en vérifier l'authenticité. Il s'agit d'authentifier la volonté du souverain dans sa forme parlementaire, exprimée via ses représentants, par la souveraineté « en direct », exprimée via le référendum. La procédure référendaire devenant alors une sorte de procédure de contre-vérification de son intention.

L'exemple type, en France, serait celui de l'élaboration de la Constitution de la IV^{ème} République¹⁰. Le premier projet, d'inspiration com-

⁹ De sorte qu'on pourrait discuter de savoir si, *in fine*, la fonction de contre-pouvoir n'est pas plus importante que la structure, cette dernière venant comme une sorte de logistique, de moyen de la fonction critique, de contrôle etc....

¹⁰ Application de la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945. Cette loi définit no-

muniste, élaboré par l'Assemblée constituante le 19 avril 1946, fut rejeté par le peuple lors du référendum du 5 mai 1946. Le peuple constituant désavoua l'Assemblée constituante, bien que celle-ci eût rédigé ce projet « au nom du peuple ». Une seconde assemblée fut alors élue par les français le 2 juin 1946 pour rédiger une nouvelle constitution. Le projet fut, cette fois, adopté à l'issue du référendum du 13 octobre 1946¹¹.

On décèle bien ici l'idée partielle du contre-pouvoir, en référence, cette fois, non pas à la structure mais à la règle applicable. Le sens du contre-pouvoir étant d'apporter, par le contre-argument, une limite au pouvoir établi, cette fonction critique prend ici corps dans l'instauration d'une procédure différenciée, complexe. Ne pouvant être un contre-pouvoir au sens structurel du terme, le constituant originaire intériorise au moins l'esprit du contre-pouvoir à travers le doublement de la procédure qu'il met en œuvre.

C'est pourquoi l'intervention du pouvoir constituant originaire ne peut s'envisager, au mieux, que sous l'angle des contre-procédures. Et ce, contrairement au constituant dérivé qui, de manière plus conjoncturelle, peut s'envisager comme un authentique contre-pouvoir dans le système.

II. Le pouvoir constituant dérivé est, conjoncturellement, un contre-pouvoir

Bien que n'étant pas placé au même niveau de compétences et de légitimités que les autres pouvoirs constitués, le pouvoir constituant dérivé dispose d'une faculté d'empêcher qui tend à l'ériger en contre-pouvoir dans un système de concurrence des pouvoirs (A). Statut

tamment la compétence constituante de l'Assemblée. Elle pose deux limitations. D'une part, le projet de constitution défini par l'Assemblée doit être, dans le mois suivant, soumis à référendum. D'autre part, l'Assemblée ne peut rester en fonction plus de sept mois après sa première réunion. Si dans ce délai, elle ne parvient pas à adopter un projet de constitution ou si celui-ci est rejeté par le corps électoral, « il est procédé aussitôt, et dans les mêmes formes, à l'élection d'une nouvelle assemblée constituante » (article 7). Celle-ci bénéficiera des mêmes pouvoirs et sera soumise aux mêmes limitations, *in* P. PACTET et F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Sirey, 25^{ème} édition, 2006, pp. 294-295.

¹¹ Les constitutions de 1791, 1793 et de l'an III rentreraient aussi dans cette catégorie. Reste à savoir si le suffrage était véritablement démocratique.

confirmé par le fait que, dans la plupart des cas, le constituant dérivé est lui-même limité dans son action, et donc potentiellement contrôlé (**B**), ce qui renvoie bien à l'esprit du contre-pouvoir dans une démocratie de concurrence.

A. Le pouvoir constituant dérivé, pouvoir d'empêcher

Si on admet que le contre-pouvoir est celui qui peut légitimement borner la route d'un pouvoir amené à l'excès, la relation pouvoir/contre-pouvoir doit ne pas s'envisager uniquement sur un plan horizontal, mais aussi sur un plan vertical. La possibilité pour le pouvoir constituant dérivé de surmonter une décision du juge constitutionnel peut alors s'analyser comme la manifestation d'un contre-pouvoir face au pouvoir de la Cour constitutionnelle.

A l'époque de Montesquieu, la notion de contre-pouvoir était paradoxalement plus claire, même si moins formalisée, car elle renvoyait au schéma du législatif face au monarque. Dans le prolongement, le contre-pouvoir induit l'idée selon laquelle il est au même niveau que le pouvoir qu'il doit contenir. Etre « contre » ne signifie pas être « au-dessus ». Le contre-pouvoir n'est pas, a priori, un « sur-pouvoir ». Mais dans un système de pouvoir de plus en plus diffus, la notion perd en précision et gagne en extension. Et le développement de l'idée de contre-pouvoir se fait, « comme par capillarité, dans toutes les directions ; en surface et en profondeur »¹². De l'organisation du « for interne » des pouvoirs jusqu'aux relations entre les différents niveaux de pluralismes, l'idée s'est « progressivement démultipliée par scissiparité »¹³. Le contre-pouvoir devient donc le référentiel majeur de toute pensée relative à la structuration du pouvoir pluraliste. Ce qui autorise quelques largesses dans l'identification desdits contre-pouvoirs. Du coup, dès lors qu'un pouvoir vient en limiter un autre, dans une logique de démocratie constituée et de contrôle réciproque des débordements, il peut s'analyser comme un contre-pouvoir. Et ce, même si le contrôleur et le contrôlé ne sont pas au même niveau ; même si l'idée de contre-pouvoir renvoie davantage, primordialement, à une logique d'horizontalité plus que de verticalité.

¹² S. MILACIC, Le contre-pouvoir, cet inconnu, *art. cit.*, p. 680.

¹³ S. MILACIC, Le contre-pouvoir, cet inconnu, *art. cit.*, p. 680.

Telle est bien la situation du pouvoir constituant dérivé face à une Cour constitutionnelle. L'opposition à une décision du juge constitutionnel ne peut se faire que par un recours au pouvoir constituant dérivé. C'est la seule voie de contournement juridiquement acceptable pour éviter d'être en porte à faux avec l'autorité de la chose jugée de la décision du juge. Le constituant dérivé devient alors une barrière à l'expansion du pouvoir de la Cour. Ce que le doyen Vedel avait remarquablement mis en évidence en notant que « si les juges (constitutionnels) ne gouvernent pas, c'est parce qu'à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme constituant, peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts »¹⁴. Dans cette optique, la loi de révision constitutionnelle contredit la décision du juge ; qu'elle soit votée par les représentants du peuple réunis en formation solennelle (le Congrès en France) ou par le peuple lui-même, par la voie référendaire¹⁵. Le dialogue qui s'instaure alors relève bien de la concurrence entre deux pouvoirs constitués, conformément à l'esprit des contre-pouvoirs. A la seule différence qu'il se situe dans une logique hiérarchique et non co-latérale, puisqu'en démocratie, le souverain a le dernier mot.

Le pouvoir constituant dérivé se comporte donc ici comme contre-pouvoir occasionnel au juge constitutionnel. Sa fonction d'empêchement n'est pas principale ; elle est mobilisée de manière ponctuelle, par les nécessités de réajustement du système. Autrement dit, le pouvoir constituant dérivé n'est pas un contre-pouvoir par essence ou par vocation ; il ne l'est que conjonctuellement, de manière induite, quand les logiques de contrôle réciproque des pouvoirs le commandent¹⁶. Le reste du temps, c'est-à-dire quand il révisé la constitution de manière plus spontanée que « commandée », il reprend ses habits d'authentique pouvoir. Pouvoir à la périphérie du système démocratique, usant plutôt de sa faculté « de statuer » c'est-à-dire de modifier la constitution¹⁷ conformément à une intention politique, que

¹⁴ G. VEDEL, Schengen et Maastricht, *R.F.D.A.*, n° 2, 1992, p. 179.

¹⁵ Ce qui rappelle officiellement le pacte social originel, le socle fondateur national.

¹⁶ Pour une typologie des contre-pouvoirs en démocratie, voir F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la V^{ème} République*, op. cit., pp. 68-80.

¹⁷ A la rigueur, il peut se concevoir, dans le même esprit que le constituant originai-

de sa faculté « d'empêcher », qui conduit à changer la constitution avant tout pour contenir (containment) les effets d'une décision du juge constitutionnel.

Deux exemples typiques, en droit français, viennent illustrer le pouvoir de veto du constituant dérivé. Premier exemple, la décision Maîtrise de l'immigration, du 13 août 1993¹⁸, par laquelle le juge censure une loi d'application de la Convention de Schengen pour contrariété avec l'alinéa 4 du Préambule de 1946. La majorité de droite de l'époque, sous l'impulsion de son bouillonnant ministre de l'intérieur, Charles Pasqua, révisé donc la Constitution le 25 novembre 1993 pour passer outre la décision du Conseil constitutionnel. Le second exemple est fourni par la décision du 14 janvier 1999, Parité¹⁹. Souhaitant favoriser l'accès des femmes en politique, le gouvernement Jospin prévoit l'instauration de la parité dans un certain nombre d'élections. Mais devant la censure de cette disposition par le Conseil constitutionnel, le Congrès révisé la constitution le 8 juillet 1999²⁰.

Dans le même esprit, on pourrait aussi évoquer la procédure d'amendement, aux Etats-Unis. C'est la procédure la plus solennelle qui permet au Congrès de s'opposer à l'activisme de la Cour suprême, en contournant ses décisions par une modification de la constitution. On est ici en plein coeur de la théorie des checks and balances. Or n'est ce pas la version américaine de l'idée d'équilibre et de contrôle par les contre-pouvoirs ?

re, comme une contre-procédure, mais dans laquelle la marge de manœuvre est contrainte et l'idée de modération moins présente, puisque le peuple n'est pas systématiquement associé ; il ne l'est même que rarement, en France du moins.

¹⁸ Décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Recueil, p. 224 ; RJC, p. I-539 ; Journal officiel du 18 août 1993, p. 11722.

¹⁹ Décision n° 98-407 DC, 14 janvier 1999, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux*, Recueil, p. 21 ; Journal officiel du 20 janvier 1999, p. 1028.

²⁰ La loi constitutionnelle introduit un quatrième alinéa à l'article 3 au terme duquel « La loi favorise l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux et fonctions électives ».

Contrôle, d'ailleurs, d'autant plus attendu que la modération par le pouvoir constituant dérivé s'accompagne, en contrepartie, d'une modération du pouvoir constituant dérivé.

B. Le pouvoir constituant dérivé, pouvoir limité

Dans la démocratie pluraliste, chaque contre-pouvoir doit trouver, en face de lui, un autre contre-pouvoir modérateur ; la seule limite concernant, comme nous l'avons dit, le pouvoir constituant originaire. Car le statut de contre-pouvoir ne dépend pas, seulement, de la capacité à contrôler mais bien, aussi, de la capacité à être contrôlé. Or, dans l'exercice de sa faculté se statuer, c'est-à-dire de réviser la constitution en dehors des hypothèses précédemment évoquées, le pouvoir constituant dérivé est par nature limité par les prescriptions du constituant originaire. Dès lors, le fait qu'en contrepartie, le juge constitutionnel contrôle, éventuellement, le respect desdites limites montre bien que le pouvoir constituant dérivé s'inscrit dans le dialogue concurrentiel entre un pouvoir et un contre-pouvoir, dont les identités sont réversibles, à un instant donné.

Constater que le pouvoir constituant dérivé est conditionné n'est pas si attentatoire à sa souveraineté que certains auteurs ont bien voulu le dire²¹. Car il ressort bien du caractère initial et souverain du constituant originaire, la possibilité d'imposer des conditions de forme et de fond à l'exercice du pouvoir constituant dérivé ; ces limites et interdictions n'étant là que pour rappeler l'intention première du pouvoir originaire. Le Conseil constitutionnel français ne dit pas autre chose, dans sa décision Maastricht II, du 2 septembre 1992²², quand il reconnaît qu'en tant que souverain, il est loisible au pouvoir constituant « d'abroger, de modifier ou de compléter les dispositions de valeur constitutionnelle », mais sous réserve, d'une part, de certaines limitations et, d'autre part, de certaines interdictions²³.

²¹ Voir notamment D.G. LAVROFF, *Le droit constitutionnel de la V^{ème} République*, *op. cit.*, pp. 124 et s.

²² Décision n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne, Recueil*, p. 76 ; RJC, p. I-505 ; Journal officiel du 3 septembre 1992, p. 12095.

²³ Elles ont trait à l'impossibilité de réviser la constitution, pendant la vacance de la présidence e la république ; en cas d'empêchement du président de la république, pendant la durée d'application de l'article 16 ; tandis que les interdictions sont relatives à l'impossibilité de réviser lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire

Du coup, en France, certains auteurs ont vu, dans la mention de ces limites par le Conseil constitutionnel, la porte ouverte à un véritable contrôle des lois de révision constitutionnelle²⁴ ; ces limites n'étant pas tant des principes intangibles de nature supra constitutionnelle qu'une « différenciation hiérarchique du droit constitutionnel formel »²⁵. Pourtant, dans sa décision du 26 mars 2003²⁶, le Conseil refusa de contrôler la constitutionnalité d'une loi de révision constitutionnelle votée par le Congrès. Ce qui appelle deux observations. D'une part, le Conseil parachève ici son entreprise de protection du constituant dérivé. Déjà, dans sa décision 6 novembre 1962²⁷, il refusa de contrôler la constitutionnalité d'une loi votée par référendum, au motif qu'elle est l'expression directe de la souveraineté. Compétence qu'il a déclinée, une nouvelle fois, en matière référendaire dans la décision Maastricht III, du 23 septembre 1992²⁸. D'autre part, il confirme son refus de s'engager sur la voie de la supra constitutionnalité. Autrement dit, le pouvoir constituant dérivé français reste un « tabou » pour le juge constitutionnel. Ce qui a deux conséquences. D'abord, le Conseil constitutionnel, pouvoir constitué, ne saurait s'arroger le pouvoir constituant ; ce qu'il semblerait faire en contrôlant les lois de révi-

ou en ce qui concerne la forme républicaine du gouvernement.

²⁴ Voir L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 10^{ème} éd., 1999, pp. 843-844.

²⁵ Pour Louis FAVOREU, « à l'intérieur du droit constitutionnel, rien n'empêche que certaines dispositions ou certains principes soient considérés comme plus importants que d'autres. Il paraît plus plausible d'accorder plus de poids au principe démocratique ou à la séparation des pouvoirs qu'à la durée des sessions parlementaires (...) », in L. FAVOREU et alii, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2001, p. 105.

²⁶ Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, Recueil, p. 293, Journal officiel du 29 mars 2003, p. 5570.

²⁷ Décision n° 62-20 DC, 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962* ; Recueil, p. 27 ; RJC, p. I-11 ; Journal officiel du 7 novembre 1962, p. 10778.

²⁸ Décision n° 92-313 DC, 23 septembre 1992, *Loi autorisant la ratification du traité sur l'Union européenne* ; Recueil, p. 94 ; RJC, p. I-510 ; Journal officiel du 25 septembre 1992, p. 13337.

sion²⁹. Et ensuite, même en l'absence d'un contre-pouvoir de contrôle du franchissement des limites, le constituant dérivé intériorise l'esprit du contre-pouvoir et ne s'autorise pas le franchissement de ces limites.

Reste que cette question, qui a pu sembler iconoclaste au juge constitutionnel français, ne l'a pas été partout ailleurs en Europe. Le contrôle des lois constitutionnelles par les Cours constitutionnelles rend alors bien compte du contrôle réciproque existant entre un pouvoir et un contre-pouvoir. Face au constituant dérivé, contre-pouvoir conjoncturel au juge constitutionnel, la Cour constitutionnelle peut, aussi, se présenter comme un contre-pouvoir occasionnel au constituant dérivé. Dans cette hypothèse, ce n'est plus tant la « faculté d'empêcher » que la « faculté de statuer » (réviser la constitutions dans le respect des interdictions) qui trouve une limite dans la surveillance par la Cour. Et c'est ce « contrôle de la marge » qui contribue à faire du constituant dérivé un contre-pouvoir dans le système. Ainsi, en Allemagne, Autriche³⁰ ou en Italie l'idée de « norme constitutionnelle inconstitutionnelle » et de hiérarchie matérielle entre les normes constitutionnelles est parfaitement admise. Partant de ce principe, mais sans aller jusqu'à une hypothétique supra constitutionalité, le Tribunal constitutionnel de Karlsruhe exerce un contrôle de conformité de la révision constitutionnelle à la constitution³¹. La Cour constitutionnelle italienne va, par contre, plus loin. Selon elle, en plus des dispositions explicitement exclues de toute révision, il en existe certaines autres qui ne peuvent être ni supprimées, ni modifiées dans leur teneur essentielle par le pouvoir constituant dérivé, car elles incarnent les « principes suprêmes » politiques et juridiques de la nation italienne ;

²⁹ Or, comme l'a rappelé le doyen Vedel, c'est le fait de se montrer d'autant plus respectueux de la souveraineté du pouvoir constituant qui fonde la légitimité du contrôle de constitutionnalité et qui interdit que l'on puisse parler, à propos du Conseil constitutionnel, de gouvernement des juges, G. VEDEL, Schengen et Maastricht, *art. cit.*, p. 179.

³⁰ Pour plus de détails concernant l'Allemagne et l'Autriche, voir *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 6, 1990, pp. 15 et s.

³¹ « Le Tribunal ne faisant, en réalité, qu'appliquer les dispositions que le pouvoir constituant a lui-même posées », voir R. BADINTER, Le Conseil constitutionnel et le pouvoir constituant, *Mélanges Jacques Robert*, Montchrestien, 1998, p. 222.

et la Cour veille à ce que le constituant les respecte absolument, conformément à « l'esprit » du contre-pouvoir³².

Je débutais ce propos en constatant l'inexistence de la notion de contre-pouvoir. Je le termine en lui découvrant beaucoup d'esprit ! Est-ce paradoxal ? C'est peut-être le signe que depuis l'Esprit des Lois jusqu'à l'esprit du système pluraliste, l'esprit du contre-pouvoir a irrigué les pouvoirs, jusqu'au premier d'entre eux. Au risque, en touchant le pouvoir constituant, de voir l'Esprit atteindre sa limite et se transformer en Spectre. Or on sait le sort que le droit constitutionnel réserve aux spectres....

³² Dans toutes ces hypothèses, la Cour constitutionnelle rend visible le fait que le constituant dérivé est un « délégué » du souverain, c'est-à-dire du constituant originaire. On pourrait considérer que le juge constitutionnel opère ici une traduction juridictionnelle fidèle de la volonté du souverain au profit du constituant dérivé. On est proche de l'idée, chère à Dominique Rousseau, d'un juge constitutionnel, miroir du peuple souverain, voir D. ROUSSEAU, La jurisprudence constitutionnelle, quelle nécessité démocratique ?, in G. DRAGO, B. FRANCOIS et N. MOLFESSIS, *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, p. 367.