

« Réviser la constitution : la forme et le fond »
Mark Tushnet, Harvard University

Collège de France, 26 avril 2011

J'analyserai ici cinq questions : *Si* la constitution doit prévoir une procédure pour sa propre révision ? *Qui* peut proposer une révision de la constitution ? *Comment* la constitution est-elle révisée (autrement dit, que doivent faire ceux qui sont autorisés à le faire, pour proposer une révision de la constitution) ? *Quand* la constitution peut-elle être révisée (c'est-à-dire combien de temps après l'adoption de la constitution peut-elle être révisée) ? *Que* peut-on réviser dans la constitution (autrement dit, existe-t-il des dispositions constitutionnelles – annoncées comme – insusceptibles de révision) ?

La Constitution des Etats-Unis : analyse

1. *Si* (...) ?

Inclure une disposition indiquant comment réviser la constitution est aujourd'hui une évidence. Les auteurs de la Constitution des Etats-Unis remarquèrent qu'il s'agissait alors d'une innovation. En réponse aux remarques de « certains membres » (de la Convention de Philadelphie) selon lesquelles il n'était pas nécessaire de prévoir une procédure de révision, George Mason, de la Virginie observa que la nouvelle Constitution « comporterait sans doute quelques défauts ». Prévoir la possibilité de réviser la Constitution « de manière simple, régulière et constitutionnelle » était préférable au fait de « s'en remettre au hasard et à la violence ». La signification du mot « hasard » n'est ici pas absolument claire. Il est possible qu'il se soit référé ici à un mécanisme informel de changement constitutionnel par la pratique, même si les raisons pour

lesquelles un tel mécanisme s'enclencherait seulement « par hasard » ne sont pas entièrement claires non plus.

Cependant, la raison même censée justifier que l'on autorise des révisions – d'après laquelle le système d'origine pourrait receler quelques défauts – était apparemment une raison pour *ne pas* les autoriser. James Madison a présenté cette objection, dans le n°49 du *Fédéraliste*, dans les termes suivants : « comme tout appel au peuple impliquerait un défaut dans le gouvernement, de fréquents appels priveraient, dans une large mesure, le gouvernement de cette vénération que le temps confère à toute chose... ». La réponse est comprise dans l'objection : le problème ne surgirait qu'en cas d'appels *fréquents*, c'est-à-dire de recours fréquents au peuple, et par conséquent, construire une procédure de révision constitutionnelle qui rende la révision (et même l'initiative de révision) difficile permettrait à la fois la possibilité de la révision au cas où des défauts apparaîtraient, et la stabilité qui garantirait la vénération.

2. *Qui ? et Comment ?*

La caractéristique la plus importante de la procédure de ratification a été de ne pas exiger l'accord unanime des États. Glisser de la règle de l'unanimité à quelque chose de moins strict marquait le passage à une conception toute différente de la nature de l'entreprise institutionnelle. La règle de l'unanimité respectait le caractère souverain des États. Accepter que des changements dans les relations entre ces États aient lieu suivant une règle *moins* stricte que l'accord unanime des États impliquait que les États étaient quelque chose de *moins* que des souverains, même si bien sûr on ne peut pas quantifier ce déficit de souveraineté en se fondant sur les seules dispositions relatives à la révision. Le besoin d'établir une procédure non-unanime de révision n'a pas été discuté en détail à la Convention de Philadelphie, probablement parce que l'exigence de

l'unanimité dans le cadre la Confédération était présente à l'esprit des délégués dans tout ce qu'ils faisaient.

Les auteurs de la Constitution pouvaient s'appuyer sur l'expérience pour soutenir la nécessité d'une règle de décision moins stricte que l'unanimité, mais moins stricte jusqu'à quel point ? Sans doute quelque part entre 50% et l'unanimité, mais où exactement ? Patrick Henry (NDT : lors du débat sur la ratification en Virginie) avança un argument mathématique. Il suffirait d'une majorité de législateurs dans seulement quatre États – une « insignifiante minorité » qui pourrait correspondre à « un vingtième du peuple américain » – pour bloquer « la plus salubre et la plus nécessaire des révisions ». Les mathématiques fonctionnent bien ici, mais Henry aurait dû y ajouter un argument démontrant pourquoi cette « insignifiante minorité » se serait accordée pour bloquer une révision salubre. Il suggéra simplement que les trois-quarts (des États) ne se mettraient sans doute jamais d'accord « sur les mêmes révisions », ce qui n'était pas exactement l'argument requis. Madison répondit directement à Henry. Si les arguments d'Henry l'emportaient et que la Constitution n'était pas ratifiée parce que sa procédure de révision était trop difficile à utiliser pour faire face à l'oppression ou à d'autres dangers, expliqua Madison, la nation préférerait revenir au *statu quo* des Articles de la Confédération, dont la règle de décision était l'unanimité, plus éloignée encore du « génie de la démocratie » (NDT : invoqué par Henry) que les règles des deux-tiers et des trois-quarts prévues par la Constitution.

La logique qui préside à l'institution de deux voies différentes pour proposer des révisions est claire. Les difficultés dans le système initial risquent de n'être découvertes qu'après la mise en application de la constitution. Quelques difficultés concerneront le gouvernement fédéral lui-même, et elles pourraient notamment impliquer une malfaçon de la législature fédérale. Certaines malfaçons pourraient donner naissance, au sein de la législature fédérale, à des intérêts cherchant à se renforcer eux-mêmes. Or de tels intérêts auront pour

conséquence que cette législature se gardera bien de proposer des révisions répondant à ces malfaçons. Il est donc utile de prévoir une procédure alternative, permettant à quelqu'un d'autre de proposer des révisions. Pour reprendre les mots de George Nicholas à la convention de ratification de la Virginie : « Si le Congrès avait été seul investi du pouvoir de proposer des amendements, cela aurait pu être dangereux ». Le système finalement choisi tient compte de ce problème, mais n'est pas construit en fonction de lui : chacune des procédures peut être suivie pour l'adoption d'un amendement relatif à quelque sujet que ce soit, et en particulier, la procédure qui réserve l'initiative aux États n'est pas limitée aux amendements concernant le fonctionnement de la législature fédérale.

Limiter les participants à la procédure de révision constitutionnelle soulève quelques difficultés. De même pour la ratification : si le système initial se révèle avoir mal distribué le pouvoir entre les niveaux fédéral et fédéré, en donnant trop de puissance aux autorités fédérées, et que les générations futures s'en aperçoivent, il risque d'être impossible de redistribuer le pouvoir par le biais d'une révision constitutionnelle, puisqu'un quart des États peut bloquer cette redistribution. De même, enfin, à la fois pour l'initiative et pour la ratification : le système initial peut figer des intérêts dans le gouvernement en tant que tel, de sorte que les générations futures veuillent en changer. Mais il n'existe aucun mécanisme de participation directe du peuple – à travers l'initiative ou le référendum, par exemple – à quelque étape que ce soit de la procédure de révision.

3. *Quand ? et Quoi ?*

À trois exceptions près, les révisions peuvent survenir à n'importe quel moment, et elles peuvent notamment survenir juste après l'adoption initiale de la Constitution (ou immédiatement après l'adoption d'une précédente révision). Et

en effet, le premier Congrès soumis douze amendements à la ratification des États, dont dix – le *Bill of Rights* – furent rapidement approuvés. Ceux qui défendaient la nécessité d'inclure une procédure de révision dans la Constitution insistaient souvent sur le fait que la Constitution ne pouvait être parfaite, et que ses imperfections apparaîtraient avec le temps. Les révisions doivent être autorisées, avançaient-ils, dès lors que des défauts seraient découverts.

Les deux exceptions à la règle de principe selon laquelle les révisions peuvent être proposées à n'importe quel moment sont les suivantes : (a) la Constitution refusait originellement à la législature fédérale le pouvoir d'interdire le commerce international des esclaves (décrit comme : « l'immigration ou l'importation *de telles personnes* que l'un quelconque des États actuellement existants jugera convenable d'admettre ») jusqu'en 1808. La limitation temporelle du pouvoir de révision sert ici à garantir la limite substantielle imposée au pouvoir fédéral. (b) La Chambre haute fédérale, le Sénat, est composée de deux sénateurs par État. Aucun amendement n'est autorisé qui priverait un État de son égale représentation au Sénat. On pourrait se demander pourquoi il a été jugé nécessaire d'imposer au pouvoir de révision une telle limite substantielle, au regard de l'exigence de la majorité qualifiée (des trois-quarts des États) pour la ratification des amendements. Il pouvait sembler extrêmement improbable que l'on ne puisse pas trouver un quart des législatures des États plus une – celles sans doute des plus petits États – pour bloquer un amendement qui réduirait leur pouvoir au Sénat. Peut-être cette disposition constituait-elle une garantie contre la possibilité dont disposait le Congrès d'opter pour la procédure de ratification par des conventions réunies au sein des États (conventions que les législatures ne pouvaient directement contrôler), pour faire adopter un nouveau système de répartition des sièges au Sénat.

La Constitution américaine : discussions autour de l'adoption (à compléter)

La Constitution française : Analyse

1. *Si* (la constitution doit prévoir une procédure pour sa propre révision) ? et, accessoirement, *quand* (peut-elle être révisée) ?

Trois thèmes reviennent régulièrement dans les discussions relatives à la question de savoir si l'on doit ou non prévoir une procédure de révision.

- a) Les défauts dans la Constitution telle qu'adoptée : Comme l'observe Le Chapelier à l'ouverture du débat sur la révision constitutionnelle le 29 août 1791, la constitution comportera inévitablement « quelques imperfections que l'expérience seule peut découvrir » (AP, t. 30, p. 36). Personne n'a sérieusement contesté cette idée, mais certains se sont inquiétés des conséquences que pourrait avoir la reconnaissance, dans la constitution même, de la possibilité de sa propre imperfection. Cette dernière préoccupation était liée à la question de savoir si les révisions devaient être interdites pour une certaine période. La difficulté était que personne ne pouvait indiquer à l'avance combien de temps serait nécessaire pour qu'une « imperfection » soit « découverte ». Deux ou trois ans, ce pourrait être trop court, et trente ans, trop long. Mais comme Le Chapelier le reconnut lui-même, retarder la possibilité de réviser la constitution aurait « l'heureux effet de calmer les agitations de l'époque présente et de ramener insensiblement les esprits à la recherche paisible du bien public ». D'un autre côté, « cette privation de l'espoir » de réviser la Constitution pourrait « se (tourner) en désespoir » et menacer l'ordre public (Rewbell). Cette préoccupation se heurtait à l'idée que la pratique de la Constitution permettrait de la faire accepter. La nation avait besoin « de l'assurance (de vivre) pendant un certain temps sans crainte et sans troubles », or une convention de révision convoquée trop tôt après l'adoption de la Constitution « nous exposerait à de nouvelles secousses,

qui énerveraient le corps politique, alors que la France a besoin de tranquillité » (d'André).

- b) *La nation a « le droit inaliénable de revoir, de réformer, de changer » la Constitution* (Le Chapelier). Ce droit servit de fort contre-argument à tous les efforts pour limiter la possibilité de révision de la Constitution.
- c) *Reprendre les batailles perdues* : Le mécanisme de la révision pourrait offrir l'opportunité à ceux qui s'étaient opposés soit à certaines dispositions finalement incluses dans le texte constitutionnel malgré leurs objections, soit à la Constitution dans son ensemble, de reprendre leur bataille contre ces dispositions ou la Constitution. On voyait en fait poindre derrière ce troisième thème son véritable sens : les plus ardents défenseurs de la Constitution devaient insister pour qu'aucun amendement ne soit possible avant l'expiration d'un certain délai, tandis que ceux qui demandaient que la révision soit possible immédiatement étaient précisément ceux qui étaient les moins à l'aise avec la Constitution telle qu'elle se développait (et telle qu'il était probable qu'elle soit finalement adoptée). Mais comme il avait été difficile, jusqu'au tout dernier moment, d'identifier avec certitude celles des dispositions qui seraient finalement incluses dans le texte définitif, les calculs relatifs à l'étendue du délai qu'il conviendrait de respecter avant qu'une révision soit autorisée demeurèrent assez incertains. D'André le fit remarquer dans les termes les plus clairs : « (...) si la Constitution est bonne (...), dans 10 ans d'ici ce serait un mal que de donner ouverture aux intrigants de faire établir un nouveau corps constituant pour renouveler les mouvements qui sont inséparables d'une nouvelle révolution ». Malouet poursuivit avec des commentaires qui visaient semble-t-il davantage le projet même d'établir une nouvelle constitution, et au cours desquels il souligna « le danger d'une grande fermentation des esprits, lorsqu'on annonce, pour une période précise, des changements dans la Constitution ». L'idée est ici

qu'une date fixée à l'avance fournirait un point de focalisation des mécontentements ; les factions pourraient structurer leur action politique de sorte qu'elle culmine à la date de l'assemblée de révision.

2. *Quand ?*

La Constitution dans sa version définitive fit l'impasse sur la fixation d'un délai avant lequel les révisions pourraient être examinées, en mettant en place une procédure de décision qui produirait, mécaniquement, le respect d'un tel délai. (à compléter à partir des débats à la Constituante).

3. *Qui ?*

(...) Un des problèmes que pose la procédure d'initiative pour les révisions constitutionnelles provient du fait que les dispositions « insatisfaisantes » peuvent concerner l'Assemblée elle-même. Il pourrait en effet s'avérer difficile de faire reconnaître à l'Assemblée que ces dispositions sont bien « insatisfaisantes ». Et si les électeurs répondent à son refus de proposer une telle révision par l'élection de députés différents à l'Assemblée, dont ils attendent qu'ils enclenchent cette révision, ces nouveaux membres pourraient très bien contourner les dispositions insatisfaisantes, et ainsi rendre inutile ladite révision. Pétion répondit à ces difficultés en demandant à ce que soit adopté un système de révision dans lequel des *conventions* – c'est-à-dire des assemblées de révision – joueraient un rôle central. Dans un discours systématique, il se demanda d'abord si ces conventions devaient être permanentes, puis si elles devaient n'être convoquées qu'à l'initiative de la législature, et enfin si elles devaient se réunir périodiquement. (...) Réunir une assemblée de révision suppose une certaine coordination pour s'assurer qu'elle va bien exprimer la volonté générale, et Pétion se demanda comment les « assemblées primaires » (NDT : si on leur accordait ce droit de convoquer des conventions) pourraient se coordonner. Il écarta la possibilité d'une « communication rapide » au sein du

peuple en général sur le fondement de l'idée (semble-t-il hors de propos) que les assemblées primaires n'auraient pas « des opinions uniformes » et professeraient même « des principes souvent opposés ». Je crains que le langage de la « volonté générale » n'ait empêché Pétion d'envisager la possibilité que quelque chose de moindre que l'unanimité puisse être suffisant pour la convocation d'une convention, quelque soit par ailleurs la règle choisie pour la décision finale de cette assemblée.

4. *Comment ?* (incomplet – à venir)

5. *Quoi ?*

À l'occasion de l'exposé d'un argument fondé sur le droit inaliénable de réviser la Constitution, D'André remarqua : « les bases de votre constitution ne seront pas changées : elles sont si bonnes que jamais on y touchera. Mais, excepté la déclaration des droits, tout le reste peut être changé par un corps constituant ». Il n'expliqua pas pourquoi la déclaration des droits était insusceptible de révision. Pétion suggéra une raison à cette intangibilité, quoi qu'elle ne soit pas particulièrement forte : l'Assemblée de révision ne pourrait pas « changer les principes de la Constitution » parce que ses membres agiraient sous le regard de l'opinion publique, et ne pourraient pas « détruire ce que la volonté générale consacre ». Le Titre VII ne semble pas imposer une quelconque limitation matérielle aux révisions constitutionnelles. Le serment exigé des membres de l'Assemblée de Révision suggère pourtant la possibilité de certaines limitations. Les membres devaient jurer, entre autres choses, « de maintenir (...) de tout leur pouvoir la Constitution (...) décrétée par l'Assemblée nationale constituante, aux années 1789, 1790 et 1791 ». Il semble qu'il existe une tension entre le pouvoir de modifier les dispositions « insatisfaisantes » de la Constitution par la voie du Titre VII, et le serment de « maintenir » la Constitution « de tout leur pouvoir ».

Une façon de réconcilier ces propositions serait de développer le concept inventé par la Cour suprême de l'Inde dans les années 70, selon lequel les constitutions comportent une « structure basique ». Selon cette doctrine de la « structure basique », des révisions constitutionnelles qui remplissent toutes les exigences procédurales prévues par la constitution pourraient pourtant être déclarées inconstitutionnelles si elles affectent cette « structure basique » de la constitution. Le Titre VII pourrait être utilisé pour distinguer les révisions concernant des dispositions qui sont « seulement » insatisfaisantes en pratique, de celles qui affectent quelques principes fondamentaux dans la Constitution compris comme un tout – le contenu de ces principes devant alors être explicité à travers une discussion constitutionnelle argumentée.