

Recension de Yaniv ROZNAI, *Unconstitutional constitutional amendments. The Limits of Amendment Powers*, Oxford Constitutional Theory, 2017

Voici un livre qui, incontestablement, vient combler un vide dans la littérature spécialisée. Tous ceux qui s'intéressent au droit constitutionnel et à sa théorie se sont un jour penchés sur cette question si particulière : les limites au pouvoir d'amendement constitutionnel. Cependant, les véritables études de fond ont toujours été cruellement absentes. La plupart des auteurs avaient bien relevé les dispositions classiques de limitation du droit d'amendement constitutionnel, telle que l'interdiction de toucher à la forme républicaine du gouvernement (loi de révision constitutionnelle du 14 août 1884<sup>1</sup> reprise par l'article 95 de la Constitution de 1946 et par l'article 89 de la Constitution de 1958), mais la question de fond était rarement abordée<sup>2</sup>. On se contentait d'exprimer des doutes quant à l'effectivité de la disposition.

Qu'on me permette un souvenir personnel à ce sujet : j'ai commencé mes études de droit à Strasbourg, en octobre 1957. Notre professeur de droit constitutionnel n'était autre que Guy Héraud, qui avait publié en 1946 sa thèse soutenue un an plus tôt sous le titre *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*<sup>3</sup> et qui était donc l'un des grands et vrais spécialistes de la question. Arrivé à la présentation rapide de l'article 95 de la Constitution de 1946 encore en vigueur (sur l'interdiction d'attenter à la forme républicaine du gouvernement), il nous posa la question suivante : comment serait-il possible de contourner cet article ? Personne ne répondit et dans un grand éclat de rire il nous expliqua qu'il suffisait de commencer par abroger cet article 95, pour ensuite, dans un deuxième temps introduire ce que l'on désirait (par exemple un rétablissement de la monarchie). Que pouvions nous répondre, étudiants de première année que nous étions, impressionnés par ce maître si brillant, sinon acquiescer ?

Pourtant le concept de « fraude à la constitution » proposé par Georges Liet-Veaux en 1943 s'appliquait précisément à ce cas de figure<sup>4</sup>. Héraud

---

<sup>1</sup> Cet article est généralement considéré comme le premier dans l'histoire constitutionnelle comparée introduisant ce genre de disposition qui se retrouve littéralement dans la constitution italienne de 1947 (article 139).

<sup>2</sup> Au hasard quelques-uns des manuels de droit constitutionnel depuis 1945 : Georges Vedel (1949), André Hauriou (1970), Maurice Duverger (*Le système politique français*, 1990), Georges Burdeau, revu par Francis Hamon et Michel Troper (1988) : l'interdiction de toucher à la forme républicaine est bien rappelée, mais elle ne suscite aucune analyse particulière).

<sup>3</sup> G. HÉRAUD, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Paris, Sirey, 1946.

<sup>4</sup> G. LIET-VEAUX, « "La fraude à la constitution". Essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes », *Revue du droit public*, 1943, p. 116-150. Cet article doit être lu en parallèle avec la thèse du même auteur soutenue à Rennes en 1943 : *Essai d'une*

l'avait d'ailleurs cité dans le contexte de la grande discussion sur la conformité de la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 ! Liet-Veaux opposait le respect littéral du texte à son esprit qui serait renié : respect de la forme pour combattre le fond : c'est la fraude à la constitution<sup>5</sup>. Cette analyse s'appliquait selon lui au cas de la loi du 10 juillet 1940. On sait que les interprétations sur cette question ont été très variables... Par ailleurs, aujourd'hui, comme on le verra, le pouvoir du juge s'est considérablement étendu au point de permettre, le cas échéant, ce type de contrôle proche, en droit administratif français, du détournement de pouvoir (ou de procédure). Dans les pays connaissant des juges activistes (comme Israël), c'est certainement le cas !

Mais, à l'inverse pourrait-on dire, l'appréciation de l'illicéité d'une telle procédure se trouvait à l'évidence singulièrement compliquée précisément du fait de l'inexistence de tout contrôle. À une époque où le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois était impossible (en France), on ne pouvait imaginer *a fortiori* la remise en cause par voie juridictionnelle d'un amendement constitutionnel ! La discussion était purement théorique et ne portait à aucune conséquence pratique éventuelle.

Cette question de la limitation du pouvoir d'amendement constitutionnel apparaissait donc avant tout comme une question philosophique, ce que dans plusieurs langues on qualifie de purement « académique ». Le sujet avait été abordé sous la République de Weimar, lorsque Carl Schmitt était allé jusqu'à émettre l'idée selon laquelle, même en l'absence de dispositions formellement intangibles, il existerait des limites « infranchissables<sup>6</sup> » au pouvoir de révision. C'était là l'une des grandes novations proposées par Carl Schmitt (avec quelques autres auteurs weimariens comme H. Triepel et K. Bilfinger). Kelsen, qui n'avait quant à lui nullement rejeté la validité des limitations explicites au pouvoir d'amendement<sup>7</sup>, avait cependant repoussé l'idée schmittienne de limitations implicites, tout en exprimant de sérieux doutes quant leur effectivité. Par contre, il s'était distancié de la proposition concernant les limites implicites : s'il s'abstint de s'exprimer directement sur le sujet, il chargea l'un de ses proches disciples de le faire dans la revue qu'il avait créée<sup>8</sup>.

---

*théorie juridique des révolutions*. Ses motivations pouvaient être paradoxales et furent sévèrement critiquées.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 145.

<sup>6</sup> Voir, dans la traduction française, C. SCHMITT, *la Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, chapitre 11 p. 237 *sq.* Pour expliquer ce point, Schmitt distingue entre la constitution et les lois constitutionnelles, opposant – en gros – les dispositions fondamentales portant sur l'essence même du régime et les dispositions techniques contenues dans le document constitutionnel.

<sup>7</sup> Voir H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, J. Springer, 1925, p. 254.

<sup>8</sup> Voir P. HARTMANN, « Kritik der Lehre Carl Schmitt's über die Verfassungsänderung », *Revue Internationale de théorie du droit*, 1932-1933, vol. V(II), p. 248-264. La critique apparaît de fait assez désinvolte et rédigée dans un style superficiel ultra-positiviste.

Certes, d'autres auteurs se sont penchés sur cette problématique, mais en général, l'ensemble paraissait très théorique assez dégagé de tout contact avec la réalité<sup>9</sup>.

L'adoption par la République fédérale d'Allemagne de sa loi fondamentale en 1949 a contribué à vivifier notre problématique. En effet, l'article 79 par. 3 qui porte sur la révision de ladite loi introduisait désormais des limitations plus réelles au pouvoir d'amendement : « Toute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en *Länder*, au principe du concours des *Länder* à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite ».

Cette disposition novatrice, voire révolutionnaire, certes compréhensible après l'échec de Weimar n'a pas été sans provoquer une certaine littérature consacrée à la question de la limitation des amendements constitutionnels, mais celle-ci restait relativement limitée au cas allemand<sup>10</sup>.

Peu à peu de très grands changements sont intervenus<sup>11</sup> et c'est le très grand avantage de ce livre de Yaniv Roznai, un jeune doctorant israélien<sup>12</sup> : désormais, grâce à ce véritable travail de bénédictin une vue d'ensemble, aussi bien pratique que théorique, sera possible sur cette question fondamentale. Je signalerai d'abord que cet ouvrage, publié dans une collection particulièrement prestigieuse (Oxford Constitutional Theory) s'étend sur 233 pages de texte, mais compte 30 pages de bibliographie, 38 pages d'annexes comprenant les dispositions limitant les amendements constitutionnels dans 199 pays et couvrant 742 constitutions adoptées entre 1789 et 2015 ! S'y ajoutent encore 7 pages présentant les arrêts et décisions diverses relatives aux amendements constitutionnels, rendus dans 48 pays. C'est peu de dire que ce livre va devenir un « must » de la littérature juridique, ne serait-ce que du fait de l'extraordinaire travail de compilation qu'il offre au lecteur, il devient également un outil de travail pour les juges dans les différentes cours<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> C'est le cas de la discussion autour des dispositions de révision dans les constitutions : peuvent-elles mêmes être révisées ? On se réfère ici au livre de P. SUBER, *The Paradox of Self-Amendment. A Study of Logic, Law, Omnipotence and Change*, New York, Peter Lang, 1990.

<sup>10</sup> Par exemple, O. BACHOF, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1951; H. EHMKE, *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1953, ou encore D. MURSWIEK, *Die verfassunggebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978.

<sup>11</sup> On signalera la très importante décision de la Cour suprême indienne *Golaknath vs Pundjab* (1967) qui lançait la doctrine indienne de la « structure de base » de la Constitution, insusceptible d'amendement constitutionnel.

<sup>12</sup> L'ouvrage est basé sur une thèse soutenue à la London School of Economics en 2014.

<sup>13</sup> De fait, avant même sa publication sous forme de livre, la thèse de Yaniv Roznai a déjà été citée par la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'importante affaire *Baka vs Hongrie* du 24 juin 2016 (ECHR 568), où la question débattue concernait un amendement constitutionnel qui avait mis fin prématurément aux fonctions du Président de la Cour constitutionnelle. Dans leur opinion « concurrente », les juges Pinto de Albuquerque et Dedov se réfèrent – *inter alia* – à la thèse de Roznai (voir paragraphe 7).

Ce serait cependant faire injure à ce très beau travail que de le réduire à sa simple utilité. Cette œuvre va bien au-delà, grâce à une structure extrêmement bien pensée.

L'ouvrage comporte trois parties.

La première partie intitulée « *Comparative constitutional unamendability* » présente de manière très précise les différentes catégories de « *unamendability*<sup>14</sup> ». L'auteur distingue entre les cas de limitation explicites, les cas implicites et enfin ce qu'il appelle les cas de « *unamendability* » dus à une approche de supra-constitutionnalité extérieure (la superlégalité constitutionnelle) et qui trouvent leur source dans une approche qualifiée d'essentiellement jusnaturaliste (il donne à ce sujet de manière convaincante les exemples de la RFA et de l'Irlande).

La deuxième partie cherche à présenter une théorie de la « *unamendability* ». L'auteur se place d'abord dans la perspective théorique du pouvoir constituant « à la française », *i. e.* à partir de la distinction entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé qui peut à l'évidence servir de fondement théorique commode à l'idée d'une limitation du pouvoir d'amendement constitutionnel. Il en propose une vision légèrement différente, du moins du point de vue terminologique : pour lui le droit d'amendement doit être considéré comme *sui generis*, c'est-à-dire avant tout comme un pouvoir limité. Y. Roznai se base sur la définition d'un pouvoir qu'il qualifie de délégué et il y aurait ainsi selon lui trois types de pouvoir : le pouvoir législatif ordinaire, le pouvoir de révision et enfin le pouvoir extraordinaire du peuple exerçant son pouvoir constituant. La possibilité de limiter le pouvoir de révision découlerait donc directement de son caractère « délégataire ». De cela, il tire également la limitation liée aux structures fondamentales (proche de la théorie indienne de la doctrine des principes) : le pouvoir d'amendement ne saurait donc modifier l'identité constitutionnelle sous-tendue par le texte. L'auteur en vient alors à proposer une vision plus politique-idéologique : dans la mesure où les organes et les procédures de révision sont proches de ou identiques au pouvoir constituant « primaire », la nécessité de mettre sur pied des limitations est moins grande. À l'inverse, lorsque la technique de révision est très proche de la simple technique législative, cette nécessité apparaît plus évidente. On peut illustrer cette proposition par l'exemple de la RFA : la révision s'y opère en manière législative puisqu'elle exige simplement une majorité des deux-tiers dans les deux chambres, ce qui explique aisément pourquoi la Loi fondamentale de 1949 a pu être révisée quatre-vingts fois. On opposera cette technique à celle des États-Unis d'Amérique, où les difficultés mises en place par l'article V de la Constitution de 1787 n'ont permis que vingt-sept révisions en plus de deux siècles, dont les dix premières au cours des deux premières années ! La distinction ne manque certes pas d'intérêt, mais elle relève bien davantage, me semble-t-il, d'une approche pragmatique de bon sens, que d'une analyse reposant sur une quelconque base théorique. Il n'est même pas certain que le droit comparé légitime cette proposition.

---

<sup>14</sup> Le terme ne trouve pas d'équivalent en français. Sa signification est évidente et il est nettement plus commode d'utilisation en anglais.

La troisième partie porte évidemment sur le contrôle juridictionnel des amendements constitutionnels. Cette partie est certainement la plus importante et la plus originale.

On remarquera que la discussion sur la légitimité d'un contrôle des amendements constitutionnels ressemble assez étrangement à celle qui prévalait autrefois dans les pays sans contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, dont la France au premier chef. Aujourd'hui ce débat semble obsolète à bien des points de vue, mais il est comme reporté sur cette question du contrôle des amendements constitutionnels<sup>15</sup> et déjà on voit les fissures dans le mur qui protégeait les amendements contre toute possibilité de contrôle juridictionnel. Roznaï fournit une liste complète de tous les cas jugés dans un grand nombre de pays. Sur ce point, comme sur d'autres, l'ouvrage est réellement encyclopédique et rendra d'immenses services aux différents juges, aux hommes politiques, aux praticiens et à la théorie.

Conformément à la méthode de pensée analytique, Roznaï passe en revue les différentes justifications possibles du contrôle juridictionnel des amendements constitutionnels. Chacun y trouvera son compte et choisira son argumentaire préféré : la séparation des pouvoirs, l'essence même du pouvoir de juger (que l'on peut qualifier d'argument Marshall, par référence à la décision Marbury), la suprématie de la constitution et, enfin, l'argument qualifié de politique, lié aux manœuvres possibles (on pourrait ici évoquer la théorie de l'aiguilleur !). En même temps, Roznaï suggère les réponses aux critiques, selon le mode de fonctionnement du raisonnement de la jurisprudence analytique.

En résumé, sans chercher à examiner tous les points soulevés par ce jeune auteur, on dira que nous sommes ici face à une livre qui marquera l'histoire de la littérature constitutionnelle théorique. Un livre important et utile : la chose est assez rare pour mériter d'être soulignée.

### **Claude Klein**

*Claude Klein a fait ses études en France. Depuis 1968 il enseigne à la Faculté de droit de l'Université hébraïque de Jérusalem, dont il fut le doyen. Il a notamment publié : Théorie et pratique du pouvoir constituant, Paris, PUF, 1996.*

---

<sup>15</sup> On se reportera sur ce point à l'article très complet d'O. BEAUD, « Le cas français : l'obstination de la jurisprudence et de la doctrine à refuser toute idée de limitation au pouvoir de révision constitutionnelle », publié dans la présente livraison de *Jus Politicum*. Olivier Beaud y part de la comparaison avec le cas italien qui a connu au moins un cas de contrôle d'une révision constitutionnelle.