

Leçon n°9. (24 nov. 2020) : Les facettes de la notion de constitution : l'ordre constitutionnel

Constitution : le terme a fini par donner son nom à une branche du droit et à cette discipline académique "Droit constitutionnel" (la première chaire créée à la Faculté de droit de Paris en 1834 pour le Comte Rossi ; auparavant, on parlait, en France, en Italie, en Espagne, de "droit politique" -- il s'est maintenu encore un temps ; en Allemagne, de *Staatsrecht*, c'est-à-dire droit de l'Etat)¹.

Dans le langage courant : constitution = un texte solennel qui organise et encadre l'exercice de la domination, c'est-à-dire du pouvoir politique ; c'est donc une loi et même une "super-loi", quand on lui confère une valeur supérieure aux autres lois (cf. infra sur la "rigidité").

C'est aussi ce sens (étroit) qu'emploient les textes eux-mêmes : par ex. la Constitution française du 4 octobre 1958, etc.² (N.B.: on met une majuscule quand on désigne une constitution en particulier, une minuscule lorsqu'on désigne le concept en général).

Et un peu d'observation historique permet facilement de voir que le grand mouvement vers le libéralisme politique et la démocratie modernes -- qu'on appelle justement le "constitutionnalisme (libéral)" -- a été intimement lié à la revendication victorieuse de l'adoption d'une constitution-loi solennelle. (Pensez à la Constitution fédérale des Etats-Unis de 1787, au Serment du jeu de Paume du 20 juin 1789, à tous les changements de régime en France de 1791 à 1958, tout le XIX^e siècle, parsemé de revendications pour l'adoption d'une constitution libérale, poursuivi au XX^e siècle, etc.).

Mais on emploie également, couramment, le mot "constitution" pour désigner d'autres choses, notamment quelque chose de plus large que la super-loi :

- en particulier le système politique tout entier, la façon dont est pays est effectivement gouverné.

<=> Serait-ce alors un sens politique (par opposition au sens juridique) ? Oui et non : ce second sens large déborde le droit mais ne lui est pas étranger. D'ailleurs, il est impossible de distinguer complètement droit et politique ; il existe à l'évidence une zone grise dans laquelle les deux sont mêlés.

- En outre, on peut aisément constater que les juristes eux-mêmes sont obligés d'opérer des distinctions, des précisions, lorsqu'ils tentent de définir juridiquement la constitution.

=> ce qui veut dire que la constitution (au sens juridique) n'est en réalité PAS REDUCTIBLE à la notion de super-loi.

C'est donc une notion complexe, multi-faces (ou multi-facettes), même lorsque on s'efforce de l'appréhender de manière pleinement et rigoureusement juridique.

Et par-delà cette complexité, il est possible de lui trouver une unité.

Il faut donc commencer par expliciter ces différentes facettes, les différents sens du terme constitution, qui font apparaître plusieurs problèmes de droit constitutionnel qui se posent à

¹ A. Le Divellec, « Le droit constitutionnel est-il un droit politique ? », *Cahiers Portalis*, n°6, 2018 (--> sur a-ledivellec.net)

² Mais remarquons que dès le 6 novembre 1789, un décret de l'Assemblée nationale, accepté par le roi, fixe la formule suivante : Art. 5 : La promulgation des lois se fera suivant cette formule : « *Louis, par la grâce de Dieu, et par la loi constitutionnelle de l'Etat, Roi des Français : à tous présents et à venir, salut ; (...) nous voulons et ordonnons ce qui suit...* ». Cette formule sera confirmée dans la Constitution du 3 septembre 1791 (Section I du Chap. 4 du Titre III).

tout pays gouverné par le droit ou, mieux, dans lesquels la domination est fondée juridiquement.

§ 1. Les différentes facettes de la notion de constitution³

A. Constitution factuelle, constitution réelle

*Dans un 1^{er} sens, assez général, est appelée "constitution" la manière d'être d'un corps politique, mettons : un Etat.

*C'est une approche essentiellement descriptive ; mais elle ne cesse pas d'être pertinente sous prétexte que l'Etat s'est doté de règles juridiques.

*En 1862, Ferdinand Lassalle oppose, à la "feuille de papier" qu'est la Constitution (-loi constitutionnelle) prussienne de 1850, les "rapports effectifs des forces et des puissances dans une société"⁴.

<=> Il ne s'agit pas d'une notion vraiment juridique, mais sa démonstration a l'avantage de montrer la tension, le décalage toujours possible entre la constitution-loi et la "réalité".

=> c'est vrai de tout droit : des prescriptions ne sont pas toujours suivies, ou sont dénaturées....

B. Constitution normative

- Sens spécifiquement juridique : l'ensemble de ce qui s'impose aux gouvernants et aux gouvernés.

Mais attention ! Elle peut prendre des formes (et des contenus) très différentes.

1) Constitution coutumière (non écrite) et constitution écrite

- Coutumière : ensemble de règles non écrites mais pleinement juridiques, reconnues comme obligatoires⁵ (en général reconnues par les tribunaux).

Par exemple, la plupart des prérogatives du monarque britannique (nommer et révoquer les ministres, convoquer, proroger le Parlement, dissoudre la Chambre des communes,...).

On est à la jonction entre le devoir-être (*Sollen*) et l'être (*Sein*) : cela doit être parce que cela est !

- Mais il n'existe jamais de constitution purement coutumière : il y a toujours au moins quelques écrits (même au Royaume-Uni : Magna Charta de 1215 et textes équivalents, Bill of Rights de 1689, Parliament Acts de 1911 et 1949, etc..).

- On peut donc opposer les règles écrites et les règles non écrites, mais une opposition entre constitution coutumière et constitution écrite est trop grossière.

2) Constitution formelle

= la constitution est envisagée seulement du point de vue de sa forme

=> Définition stricte : un texte écrit ou un groupe de textes placés dans un document solennel

*cas-limites : les 3 LC de la III^e République (1875), Israël (14 Loi fondamentales), ...

- Attention : cette constitution formelle n'a pas toujours valeur juridique supérieure aux autres lois (c'est un autre problème, lié à la rigidité, cf. infra). (Sur ce point, les manuels commettent une erreur.)

3) Constitution matérielle

³ Pour aller plus loin, v. A. Le Divellec, « De quelques facettes du concept juridique de constitution. Essai de clarification sémantique », *Mélanges Elisabeth Zoller*, Dalloz, 2018 (disponible sur : a-ledivellec.net).

⁴ V. le document n°2 dans la fiche de T.D. n°8.

⁵ Il s'agit de pratique répétées dont l'origine est immémoriale et reconnues comme obligatoires (*opinio juris*).

- L'ensemble des règles (prescriptions) relatives à la matière constitutionnelle, i.e. l'organisation du pouvoir politique et les droits individuels, quelle que soit leur forme (écrite ou non, supérieure ou non,...)
- Tout Etat a forcément une "constitution matérielle" (--->il vaudrait mieux dire : le droit constitutionnel matériel, car toutes ces règles sont disparates et il est impossible d'en faire une liste parfaitement complète)
- *Exemple typique de la loi électorale (pour l'élection des députés et sénateurs), des règlements des assemblées parlementaires ou des cours constitutionnelles ; en France : certaines lois organiques, lois ordinaires diverses, partie réglementaire du Code électoral, actes pris par les organes constitutionnels,...
- Elle déborde largement la constitution formelle (qui ne peut tout contenir)
- *Avertissement : Parfois, certains auteurs utilisent "constitution matérielle" pour parler de la constitution réelle (le système politique ou l'ordre politique effectif). Il vaut mieux éviter cet usage, qui est imprécis.

4) Constitutions souples et rigides

C'est une dichotomie qui concerne moins la question de la forme de la constitution que de sa valeur.

a) Constitution souple :

- > Elle repose sur le principe de souveraineté du parlement (ou du corps législatif) ; idée que la balance des pouvoirs (volonté du Roi + assemblées nécessaire et suffisante pour adopter une loi) suffit à garantir les règles du jeu.
- *Exemples du Royaume-Uni (définitivement confirmé par la Glorieuse Révolution de 1688)
- *Exemples des Chartes de 1814 et 1830, du *Statuto Albertino* italien de 1848, des constitutions allemandes du XIX^e...

b) Constitution rigide

- Ne peut être modifiée que par un acte de révision empruntant une procédure différente -- plus compliquée -- de la procédure législative ordinaire.
- Cette technique de rigidité peut prendre plusieurs formes et ne concerner qu'une partie de la loi constitutionnelle (cas de l'Afrique du Sud 1909, d'Israël, de la Nouvelle-Zélande,...)
- Premières apparitions historiques :
 - *Pennsylvanie 1692 (accord du gouverneur et des 6/7^e des membres de l'assemblée)
 - *Suède 1766 (ratification par un Riksdag renouvelé par l'élection)
 - *Maryland 1776 : vote des 2 chambres répété après nouvelles élections générales
 - *Massachusetts 1780 : élection d'une convention (assemblée spéciale de révision)
- (>>Sur d'autres détails, cf. infra § 3)

>**L'idée de base de la rigidité** : mettre les règles constitutionnelles les plus importantes hors de la portée du législateur ordinaire <=> leur donner une valeur supérieure.

- La rigidité apparaît ainsi comme la conséquence de la supériorité de la loi constitutionnelle (si on veut donner une valeur juridique supérieure à la LC, il faut adopter un mécanisme de révision rigide), et en est simultanément la cause (dès lors que l'on institue une procédure spéciale de révision de la LC, on lui confère une valeur juridique supérieure aux lois ordinaires).

On remarquera que la rigidité s'est spécialement développée là où on mettait en exergue le principe de souveraineté du peuple (Etats-Unis 1776-1787 et France 1791 contra GB-France 1814-Italie et Allemagne XIX^e).

*Il y a encore beaucoup d'autres distinctions à faire, en particulier Constitution nominale et constitution effective (cf. infra).

§ 2. Synthèse : la notion unifiante d'ordre constitutionnel

Ces différents sens ou définitions du mot constitution doivent être utilisés de manière complémentaire.

Mais il ne s'agit pas de se contenter d'une juxtaposition : on peut leur trouver une cohérence, une unité. C'est, à mon avis, ce que permet la notion d'ordre constitutionnel.

Pour le comprendre, il est bon de revenir à l'étymologie du mot "constitution" :

* vient du verbe latin *constituo* : *cum* + *stato*

---> placer debout, dresser

---> établir, fonder, fixer, instituer, organiser, mettre en ordre

* le substantif *constitutio* (-onis, f.) :

--> état, condition, situation

-->arrangement, disposition, organisation

-->disposition légale, constitution, institution

On voit par là que du sens premier (dresser), on passe à l'idée d'établissement, de fondation, de mise en ordre et d'organisation.

Et que les différents sens déjà à l'époque de l'Antiquité romaine couvrent à la fois **l'action d'établir**, de mise en ordre, **et le résultat** de cette opération, **l'ordre lui-même**.

Autrement dit, "la constitution" désigne tantôt :

-> l'action d'établir : la constitution comme un ensemble de prescriptions

-> le résultat de cet ensemble de prescriptions : **la constitution comme organisation contraignante : idée de système, d'ordre**

La meilleure définition me paraît être celle de l'Anglais Bolingbroke (1733) :

« Par constitution, on entend, à proprement parler, cet assemblage de lois, d'institutions et de coutumes, dérivées de certains principes établis par la raison, dirigés vers certains objectifs par le bien public, qui composent le système général, selon lequel la communauté a décidé d'être gouvernée... »

(Il me semble qu'il est nécessaire d'ajouter, pour tenir compte de l'évolution du constitutionnalisme moderne : les décisions de jurisprudence, qui participent du droit positif.)

Le grand avantage de la définition de Bolingbroke est qu'elle met l'accent sur le caractère composite du droit constitutionnel supérieur (un "assemblage" de plusieurs éléments normatifs, tantôt écrits, tantôt non écrits, mais aussi les institutions, pas seulement les règles) et qu'il marque explicitement l'idée que cet assemblage compose un ensemble, une globalité (un "système"), qui est davantage que la somme de ses parties ; autrement dit ce que l'on peut appeler : un ordre constitutionnel.

La constitution formelle ne suffit pas, à elle seule et par elle-même, à créer des obligations cohérentes et concrètes pour les gouvernants (elle ne contient qu'une collection d'énoncés, parfois peu normatifs ou pas applicables par eux-mêmes) : elle a besoin d'autres éléments et surtout d'une mise en cohérence de ses énoncés ; c'est ce que permet la notion de système ou d'ordre constitutionnel.

§ 3. La constitution formelle et la hiérarchie des normes

Il faut s'arrêter plus longuement sur la notion formelle de constitution, qui a les faveurs de la doctrine juridique aujourd'hui, au point de négliger les autres facettes, et de croire que constitution au sens juridique = constitution formelle, ce qui est une simplification inacceptable.

Mais enfin il est bien certain que là où elle existe (c'est-à-dire dans la grande majorité des Etats libéraux démocratiques aujourd'hui), la constitution formelle est au cœur de l'ordre constitutionnel. Elle pose de vastes questions.

A. Le système juridique et l'idée de hiérarchie des normes

Envisagée comme un groupe de normes juridiques, la constitution formelle est placée au sein d'un ordre juridique, donc un ensemble plus large.

L'ordre juridique fait ainsi cohabiter une multitude de normes (de droit privé, de droit public, que l'on pourrait chacun subdiviser en différents champs ou disciplines). Il faut trouver à les articuler entre elles.

1° On a longtemps régulé le système par le temps : principe *Lex posterior derogat priori* (une loi nouvelle chasse l'autre, la modifie en tout ou partie, parfois l'abroge).

2° Mais déjà une certaine idée de hiérarchie a pu naître : primauté des normes générales sur les normes particulières ; spécialement primauté de la loi, par ce qu'elle est l'expression d'un corps éminent, d'un groupe d'organes qui exprime la balance des pouvoirs (le législateur : Roi + 2 chambres ; aujourd'hui : le parlement mais avec toujours un rôle direct ou indirect du gouvernement et/ou du chef de l'Etat).

<=> Les actes du Pouvoir législatif (organe complexe) sont supérieurs à ceux du pouvoir exécutif

=> la loi prime les actes administratifs

Les actes des autorités subalternes doivent respecter ceux des autorités supérieures (ex: un décret du Premier ministre est supérieur à un arrêté municipal).

=> Donc même dans les pays à constitution souple, il existe une hiérarchie des normes : une *Statute*, c-à-d. une loi du Parlement britannique, est supérieure à un *Order in Council* (règlement pris par la Reine en conseil -- en fait : par le cabinet).

3° La hiérarchie renforcée par une certaine conception du constitutionnalisme

- Apparition de l'idée de loi fondamentale

(Rq : c'est très complexe historiquement)

*A l'origine de la pensée moderne, les théoriciens politiques voyaient dans la capacité à "donner la loi" (Jean Bodin) une marque essentielle de la souveraineté, sans distinguer des types de lois.

*Plus tard, d'autres théoriciens ont distingué spécialement les lois qui concernent l'ordre politique (Montesquieu, Rousseau,...) comme étant plus essentielles (= les "règles du jeu")

=> elles sont considérées comme "supérieures" aux autres normes

=> elles doivent refléter sinon l'unanimité du moins un consensus plus grand

=> elles doivent être spécialement protégées contre les autres normes

=>d'où l'idée de la constitution comme loi supérieure aux autres lois, bref la constitution « rigide » (elle est le plus souvent formelle, mais on a vu qu'il y a parfois des LC hors de l'instrumentum unique)

*On va pousser cette idée en remontant vers son fondement : l'idée de pouvoir fondateur (lié à l'idée de légitimité) : le pouvoir constituant (originaire).

=> Résultat :

On aboutit à parfaire la représentation de l'ordre juridique comme **une pyramide de normes hiérarchisées** au sommet de laquelle trône, quand elle existe, la constitution formelle-rigide (cf. la doctrine des juristes autrichiens Hans Kelsen et Adolf Merkl).

B. La distinction entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués

C'est un des principaux acquis de l'expérience américaine dès le XVII^e-XVIII^e siècle, mais qui trouve ses implications techniques (la rigidité formelle) à partir de 1776.

C'est plus une doctrine politico-juridique qu'une réalité historique pleinement réalisée.

- Principe :

*Le pouvoir constituant est l'instance qui est réputée avoir donné (= créé) la constitution par un acte de volonté.

*Les pouvoirs constitués sont les organes créés par l'acte constituant.

- Le pouvoir constituant est le souverain

La puissance constituante est la forme moderne de la souveraineté.

Ce souverain est distinct des autorités qui vont gouverner et que l'acte du souverain « institue » (même s'il confirme l'existence d'une institution ancienne ; ex : le Roi en 1791)

(N.B. : au Royaume-Uni, c'est plus compliqué : le principe de souveraineté parlementaire bloque cette dualisation entre souverain et pouvoirs constitués => mais on distingue quand même « souverain juridique » (le Parlement) et « souverain politique » (le peuple) pour concilier la Souveraineté parlementaire avec la démocratie.

-Dans le système des constitutions « rigides », la constitution-loi suprême est réputée être un acte de volonté (on est dans le modèle volontariste) d'un souverain qui ne gouverne pas lui-même mais organise un système de gouvernement par représentation.

*Ici, on suspend l'application du principe ancien : *Lex posterior derogat priori*

Cela, parce qu'on a donné autorité plus haute à celui qui a émis la constitution.

- Les principaux procédés d'établissement des constitutions formelles modernes

*Octroi par le Prince, fondement = principe monarchique (ex : France 1814, Bavière 1818, Prusse 1850, etc...)

*Pacte entre Prince et (représentants du) Peuple : ex : France 1830, plusieurs constitutions d'Etats allemands au XIX^e)

*Assemblée constituante (élues ou auto-proclamées): France 1791, 1848 et 1875, Allemagne de Weimar 1919, et quantité d'autres...

*Référendum constituant (s'il est manipulé et personnalisé : « plébiscite »)

- sur un projet du gouvernement : France 1799, 1852 & mai 1870, 1958

- sur le projet d'une assemblée désignée ou auto-désignée : France 1793 & 1795, les Américains depuis les années 1776-80

*Autres : projet d'une convention (assemblée ad hoc) puis ratification par les organes des Etats fédérés (ex : Etats-Unis 1787-1789 ; aujourd'hui, le Congrès décide si ce sont les législatures ou des conventions des Etats qui ratifient).

- Mais en fait, en démocratie, **le problème est compliqué par la représentation** : ce qui, en démocratie, est réputé être l'acte du souverain (donc : le peuple) est parfois, en réalité, exclusivement exprimé par ses organes constitués (ex : France de 1791, de 1848 et de 1875). Et même lorsque le peuple est appelé à ratifier par référendum (voire, par des élections intermédiaires), le projet (ex : France 1946 et 1958), il ne peut que dire oui ou non à un texte rédigé par d'autres que lui (ses représentants, parfois simplement auto-proclamés). Donc, le "pouvoir constituant" a été exercé par des personnes particulières, non par le peuple lui-même.

Quoi qu'il en soit, une certaine dose minimum de représentation est toujours inévitable (un peuple de plusieurs millions, et même simplement de plusieurs centaines, d'individus ne peut s'exprimer directement et sans intermédiaire).

Le principe du pouvoir constituant du peuple est donc plus une doctrine qu'une réalité pratique pure. C'est, inévitablement, un artifice (le peuple est réputé être l'auteur de la constitution formelle), qui présente l'avantage de conférer une meilleure légitimité au texte fondateur de l'ordre constitutionnel.

C. La distinction entre pouvoir constituant originaire et dérivé (le pouvoir de révision)

Définitions :

- Pouvoir constituant originaire : celui qui a donné la constitution formelle

- Pouvoir constituant dérivé (ou institué) (dit aussi Pouvoir de révision) : celui qui est habilité à modifier le texte de la constitution formelle.

1. Position du problème

Les constitutions formelles ont vocation à durer sans limite de temps. Cependant, la nécessité de les réviser (pour différentes raisons : correction de dispositions jugées defectueuses, enrichissement, modernisation,...) a été très tôt reconnue et le principe qu'elles ne sont pas immuables très tôt admis.

Dès lors, la plupart des constitutions formelles contiennent une clause prévoyant la procédure par laquelle elles pourront être révisées :

- quand ce n'est pas le cas, on peut admettre qu'elles sont souples et que les organes législatifs sont investis du droit de la modifier (cf. supra).

- quand il existe une clause sur la révision, celle-ci est forcément plus difficile à mettre en œuvre que l'adoption des lois ordinaires : c'est la clause de rigidité.

Mais il y a une difficulté : si la constitution formelle et rigide est réputée être l'acte du pouvoir constituant, quelle est l'autorité des organes investis du pouvoir de réviser ? Ne doit-on pas faire appel au pouvoir constituant lui-même ?

*Paradoxe de Sieyès : prévoir une clause de révision est une tentative d'enserrer par des règles juridiques le pouvoir constituant dont il reconnaît lui-même qu'il est par nature illimité. En réalité, cette question, qui confine à l'aporie, peut être résolue ou du moins banalisée par la reconnaissance que le pouvoir constituant a 2 visages : une face révolutionnaire, absolue (->c'est un moment « déconstituant »), et une face constructive (-> « reconstituante ») qui suit (et a besoin de suivre) une certaine institutionnalisation⁶.

⁶ Cf. la démonstration par O. Beaud, La Puissance de l'Etat, 1994.

*Illustration : la formule finale de la Constitution de 1791 : « *L'A.N. constituante déclare que la Nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution ; et néanmoins, considérant qu'il est plus conforme à l'intérêt national d'user seulement, par les moyens pris dans la Constitution même, du droit d'en réformer les articles dont l'expérience aura fait sentir les inconvénients, décrète qu'il y sera procédé par une Assemblée de révision en la forme suivante* »

(--> 3 législatures successives doivent émettre vœu uniforme de révision ; la 4^e, augmentée de 259 membres élus s'ajouteront aux 125 députés ordinaires >Assemblée de révision, qui ne s'occupe que de la révision puis se séparera.)

***On voit que, comme pour le mode d'établissement des constitutions formelles (cf. supra B.), le problème du pouvoir « constituant dérivé » est perturbé par le principe de la représentation, qui vient interférer dans la question de la révision.**

2. Procédés de révision des constitutions écrites rigides

a) Les principaux modèles existants

*Purement représentatif : ex. : Allemagne (art. 79 LF : les deux chambres, à majorité des deux tiers, mais dans le cadre de la procédure législative ordinaire)

*Acte parlementaire avec ratification populaire obligatoire (Suisse, Irlande, Danemark), voire avec initiative populaire (Suisse)

*Acte parlementaire avec ratification indirecte du peuple, au moyen d'élection intermédiaire : Pays-Bas, Belgique, Luxembourg, Finlande

*Avec voie mixte (soit Parlement à majorité qualifiée, soit référendum), mais qui permet d'éviter le peuple : France IV^e et V^e République, Italie,...

*Procédure retirée pour l'essentiel aux représentants : système américain des conventions ad hoc avec référendum de ratification <=> ici, il y a une véritable distance du pouvoir constituant avec les pouvoirs constitués et le pouvoir de révision peut être souverain (mais au niveau fédéral, le Congrès peut intervenir au stade de l'initiative)

b) Un mode de révision cohérent avec le principe de souveraineté du peuple ?

- Mais l'une des caractéristiques majeures aujourd'hui des types de rigidité est la question de savoir si le peuple intervient obligatoirement ou non dans l'opération constituante :

*L'une des premières à le faire était, après celle de la République batave de 1798, la Constitution des Pays-Bas de 1815 (art. 229 et 230) : « Lorsque l'expérience aura démontré la nécessité de modifications et d'additions à la loi fondamentale, ces modifications seront précisées par l'acte législatif qui en déclarera la nécessité.

Cet acte sera envoyé aux Etats provinciaux lesquels enverront alors, dans le délai qui y sera spécifié, et à la suite d'une élection faite en la forme usitée, un nombre de députés extraordinaires aux Etats-Généraux, égal à celui des députés ordinaires. » [En plus, l'art. 232 ajoute que toutes les décisions de la 2^e chambre des EG se feront ici à la majorité des 3/4 des voix, les 2/3 devant être présents.]

Ici, l'approbation du corps électoral est indirecte. Elle peut être aussi directe (référendum obligatoire).

Cette exigence existe, mutatis mutandis, aujourd'hui dans plusieurs Etats européens :

- Référendum constitutionnel obligatoire : Danemark, Irlande, Suisse.

- idem ssi révision totale : Autriche, Espagne

- Elections parlementaires obligatoires (dissolution automatique) si vœu parlementaire de révision : Belgique, Luxembourg, Pays-Bas, Norvège

- Ratification de la révision par élections ordinaires : Suède, Finlande (sauf urgence décidée à maj. 5/6e), Grèce (avec délai blanc)

- Référendum à dispositions des pouvoirs constitués : France (art. 89 ssi initiative Exécutif), Italie (par maj. 2/3)

>Rq : si l'on peut éviter le recours au peuple, on voit mal à quoi bon la rigidité : les gouvernants peuvent faire (presque) ce qu'ils veulent et l'on retombe dans un système de souveraineté parlementaire à majorité qualifiée... C'est un peu contradictoire avec la célébration de la constitution formelle rigide comme acte du souverain.

>Pb : le pouvoir constituant « dérivé » est-il de même nature que le pouvoir constituant originaire ?

3. Le problème des limites matérielles aux révisions

L'idée de la contradiction (ou du moins la tension) entre constitution rigide et souveraineté du peuple s'illustre encore une fois particulièrement dans ces limites matérielles : le pouvoir « constituant dérivé » (pouvoir de révision) peut-il tout faire, modifier complètement la constitution formelle ?

>certes, il y a les limites de procédures (cf. supra 2.) et/ou de moment (par ex. interdiction de réviser la constitution formelle pendant la durée de l'application de l'état de crise de l'art. 16 en France ; ou à la fin du mandat d'un président, dans certains pays).

>Mais surtout il peut exister des limites de fond, de contenu, c'est-à-dire des limites matérielles à la révision :

Rq : les constitutions formelles ont banalisé beaucoup de sujets : des dispositions existentielles (sur l'Etat, sur les droits fondamentaux, sur l'urgence,...) sont mises au même niveau « formel » que d'autres, tout à fait secondaires⁷.

- Il est difficile de contester, au moins intuitivement qu'il n'y ait pas des choses plus essentielles que d'autres dans des constitutions formelles, et que les grands principes structurant l'Etat constitutionnel (principe de la distinction des pouvoirs, principe démocratique, principe de l'Etat de droit, etc...) ne doivent pas être particulièrement protégés.

*Norvège (Constitution de 1814, art. 112) : interdiction de porter atteinte à "l'esprit de cette Constitution" (i.e. son caractère libéral ; mais la formule est imprécise)

***France III^e République (à partir de la révision de 1884) : "la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de révision" (idem dans la Constitution de 1958, art. 89 al. 5)**

***Expérience d'Etats ayant connu des dictatures ou régimes totalitaires :**

>Italie 1947 (art. 139 : forme républicaine),

>RFA 1949 (art. 79, al. 3) : art. 1 (dignité personne humaine ; caractère obligatoire des droits fondamentaux), art. 20 (distinction des pouvoirs, principe souveraineté du peuple, etc.) et principe du fédéralisme.

>Grèce 1975, Portugal 1976, rép. tchèque 1992,...

<--> idée d'un „droit constitutionnel (formel) à 2 couches“ : des principes ou règles intangibles, et des règles ou principes modifiables par la procédure de révision.

(Attention à la confusion avec le thème de la « supra-constitutionnalité : ces limites matérielles ne sont pas "supra-constitutionnelles" puisqu'elles sont fixées par la constitution formelle elle-même.)

- Problème logique : si on limite le pouvoir de révision par des clauses matérielles, cela confirme que celui-ci n'est PAS souverain.

Seul le pouvoir constituant (originaire), qui existe à l'état latent, hors de l'ordre constitutionnel formalisé, pourrait intervenir et ne serait pas lié par ces clauses. Ce serait alors sortir du droit sous sa forme institutionnalisée.

Mais le pouvoir de révision (institutionnalisé) est, lui, censé rester lié par ces clauses.

⁷ Art. 128-3 de la Constitution allemande de Weimar prévoit que tout écolier se voit remettre un exemplaire de la Constitution à la fin de ses études !

- Se pose alors le problème de la protection de telles clauses : si aucune instance extérieure au pouvoir de révision ne contrôle le respect des clauses de limitation matérielle par les organes de révision, ces derniers pourraient commencer par réviser la constitution en supprimant cette clause puis en adoptant une clause nouvelle qui contrevient à la limitation (par ex. rétablir la monarchie en France). Dans ce cas, ces clauses matérielles ne seraient que des "barrières de papier".

=> bref renvoie à celui de la garantie de la C° (cf. infra, Leçon n°10)

- A ce stade, on peut tout de même ajouter ceci : si l'on ne fait pas appel au pouvoir constituant "brut", non institutionnalisé (ce qui est toujours compliqué et risqué), il faudrait alors distinguer selon que le peuple est ou pas acteur du processus de révision. S'il l'est, ne faut-il pas lui reconnaître la qualité de pouvoir constituant illimité ? (Donc : écarter les clauses de limitation matérielle). S'il au contraire, il ne l'est pas (bref si la révision d'une constitution rigide peut-être opérée par les seuls organes constitués = système purement représentatif), les clauses limitatives sont plus légitimes et un contrôle de leur respect est envisageable.

Remarques finales :

>**Il existe une tension entre une conception formelle** (la majorité peut tout décider) **de la démocratie et une conception matérielle** (plus exigeante : il doit y avoir des valeurs intouchables) **de la démocratie.**

--->Pas de réponse juridiquement univoque ; cela dépend des conceptions philosophiques, des choix politiques

> **Il ne faut pas oublier le problème des révisions informelles (dites aussi : mutations) des constitutions formelles, c-à-d. leur changement sans modification du texte lui-même (cf. infra § 4)**

§ 4. Les limites du formalisme constitutionnel (à suivre dans le cours du 1^{er} décembre)