☞ En sachant qu’elle n’a d’intérêt que pour permettre la révélation de l’élément dit *subjectif* ou « intellectuel » (« l’animus») : c’est *l’opinion juris necessitatis*, c’est-à-dire la conviction qu’on a affaire à du droit et donc qu’il y a bien un sentiment d’obligation qui se dégage : les parties concernées se sentent liées ; en somme, un consensus que c’est bien du droit.

☞ Donc dès l’instant où l’on aurait tout un ensemble d’usages répondant à ces critères, on aurait une constitution coutumière, une constitution se créant au gré des circonstances…

Cela n’interdit pas la présence de textes écrits dans le système : le *RU* en connait beaucoup et souvent de très anciens (cf. *infra*). Mais les éléments essentiels du régime politique demeurent régis par la coutume.

☞ Il faut savoir que tout cela peut être très compliqué et subtil : d’abord, on a pu contester logiquement cette notion de coutume en faisant remarquer que normalement l’application d’une règle de droit suppose que la règle elle-même soitantérieure aux actes d’application. Or la formulation d’une règle coutumière résulte de *précédents* comme on vient de le voir,c’est-à-dire d’actes qui, en somme, l’appliquent !

Mais surtout, qui plus est en *RU*, on parle de *conventions constitutionnelles* ou *conventions de la constitution*, c’est-à-dire des usages qui règlent certains comportements des gouvernants, résultant de l’*accord* entre gouvernants sur la façon de pratiquer les mécanismes constitutionnels du régime. Est-ce synonyme de coutume *stricto sensu* ?

Or on spécifie bien que ce ne sont pas des règles invocables devant un juge au point de faire douter de leur juridicité contrairement à d’autres règles d’origine coutumière de la *Common Law* applicables en d’autres matières.

On constate un vrai débat entre constitutionnalistes. Il est encore plus vif à propos d’une intervention de la coutume dans un système de constitution écrite.

2. Constitution écrite et coutume : la controverse

☞ Les constitutions écrites, même les plus détaillées, se voulant les plus complètes possibles ne peuvent tout prévoir. Et de toute façon, les dispositions sont toujours susceptibles d’être ambigües, sombres, laisser ouvertes plusieurs interprétations possibles :laquelle retenir ? C’est là que la coutume peut intervenir.

☞ Mais le débat reste vif parmi les juristes.

Déjà quant à la définition même de la coutume : inutile d’y revenir (cf. *supra*).

Mais également quant à son *principe* même d’intervention. D’aucuns l’acceptent à condition que le texte constitutionnel écrit lui-même reconnaisse cette possibilité d’intervention (*secundum legem,* « conformément, d’après la loi »).

Mais surtout, il faut encore distinguer plusieurs types de coutumes.

☞ Il faudrait distinguer la *contra legem* (« contre la loi ») et la *praeter legem* (« au-delà de la loi »).

⮷ La *contra legem* donc, c’est-à-dire l’abrogative, en tout cas, celle venant*contre* des dispositions écrites est-elle acceptable ?

Peu d’auteurs l’envisagent même si certains ont pu penser que la coutume alors ne naît pas tant d’une répétition de violation du texte que de la *croyance* des gouvernés en l’existence de la règle qu’exprime la coutume.

Or cette conviction, cette croyance se rapporte à une règle actuelle alors que le texte contredit, non respecté est ancien et donc c’est l’expression la plus récente du sentiment juridique qui devrait l’emporter.

Une argumentation non stupide *a priori* mais dangereuse : en somme, le nouveau droit viendrait de la... violation du droit.

C’est un habillage du factuel pour se donner l’illusion de contrôler encore la situation, de toujours la considérer comme ayant un lien avec le juridique. Et si finalement violer devient du droit, alors violons, pourquoi respecter le texte !

Et puis, nous avons des arguments très constitutionnels, juridiques : la constitution prévoit une procédure spéciale de révision. Donc, *a contrario*, il n’existe pas d’autre mode : il serait contraire à la volonté des constituants de déduire l’abrogation d’une disposition expresse constitutionnelle de son non usage *ou* d’un usage répété d’une pratique contraire.

Et puis surtout, c’est le *pouvoir constituant* qui est auteur de la constitution. Or la coutume naît le plus souvent de la volonté des gouvernants, donc des pouvoirs « constitués » : ce serait donc contraire au *parallélisme des compétences* qui veut que celui qui est compétent pour instaurer le soit aussi pour abroger, modifier.

⮷ Faut-il complètement rejeter la coutume à moins que le texte constitutionnel n’y fasse référence expressément ? Difficile surtout pour la *praeter*, c’est-à-dire, la coutume *supplétive,* c’est-à-dire pour suppléer des dispositions constitutionnelles manquantes *ou* du moins aider à fixer une interprétation de dispositions ambigües (mais l’interprétation *stricto sensu* est-elle une création du droit ? Vaste débat...).

Et ce pour résoudre un problème institutionnel précis... *sans que cela vienne à l’encontre de la lettre* des autres dispositions : il s’agit de s’insérer dans le cadre écrit existant et sa cohérence d’ensemble.

Pour le juriste rigoureux, puriste, voire intégriste, ce n’est pas forcément acceptable car cela ne résout pas le problème de l’interventionnécessaire du pouvoir *constituant* souverain mais c’est aussi inéluctable.

Cela permet en tout cas l’ajustement en douceur qui est parfois préférable aux révisions répétées.

***Section 2. Le pouvoir constituant***

Notion très importante pour la conception dite *normative* de la constitution et donc celle de la constitution au sens *formel*.

Il s’agit en effet de bien différencierle pouvoir *constituant*des pouvoirs *constitués*pour distinguer la loi *constitutionnelle* de la loi *ordinaire*.

Le pouvoir constituant ne peut être suprême que si la loi qu’il édicte est inviolable par les pouvoirs *constitués* au premier rang desquels le législateur ordinaire.

Et c’est important qu’il y ait ce caractère suprême car c’est l’expression du souverain.

Mais d’ores et déjà, il faut noter la distinction

* *Pouvoir constituant originaire* (PCO) qui a pour vocation l’établissement d’une constitution
* *Pouvoir constituant dérivé* (PCD) ayant pour finalité la révision de la constitution, sa modification et c’est notamment là qu’il faut bien cerner la distinction constituant/constituécar c’est là où la confusion pourrait facilement se faire.

§. 1. Le pouvoir constituant originaire ou l’établissement de la constitution

Voyons d’abord précisément la notion avant d’aborder les modalités.

A. Notion

☞ On va faire simple : c’est en somme établir la constitution qui va fonder un nouvel ordre juridique en supposant donc que l’ordre juridique constitutionnel antérieur a disparu *ou* est devenu caduc. En tout cas, il y a vide.

☞ 1° hypothèse : la *révolution* qui vient détruire l’ordre constitutionnel existant et lui substituer un gouvernement de fait qui ne tient son autorité que de lui-même.

Au-delà de la révolution, c’est l’hypothèse du *changement* de régimes qui peut résulter par exemple de défaites militaires (la *charte de 1814* après Waterloo ou la défaite de Sedan de 1870...)

☞ 2° hypothèse :apparition d’un nouvel État.

* Qu’il s’agisse de la création pure et simple d’un État sur un territoire avec la décolonisation pour exemple significatif.
* Qu’il s’agisse de la réunion de plusieurs États en un seul et l’on retrouve l’occurrence du fédéralisme par agrégation comme aussi celle de la fusion de 2 États (unité allemande de 1990).

☞ Notons aussi, peut-être à titre de 3° hypothèse que le vide juridique peut se produire à l’occasion d’une guerre, en cas de résurrection d’un État, que l’on a pu croire un moment disparu.

Auquel cas, 2 solutions sont alors possibles :

* On peut estimer que la rupture avec le passé, éventuellement une occupation prolongée du territoire, justifie l’établissement d’une nouvelle constitution comme s’il s’agissait d’un nouvel État.
* On peut aussi penser que la constitution antérieure doit être simplement remise en vigueur, ne serait-ce que pour marquer la continuité de l’État en dépit de l’interruption momentanée (même longue !) et involontaire de ses activités.

☞ Bref, des bases juridiques neuves... quoique des nuances soient possibles au moins au regard du contenu : on pourrait déceler une réelle continuité « matérielle ».

Souvent, on procède par « réaction » : la nouvelle constitution prend le contrepied de la précédente (c’est plutôt l’hypothèse des révolutions et changements de régime). On met l’accent sur une logique de « table rase » et les exemples sont fréquents dans l’histoire constitutionnelle française.

Mais souvent, au-delà des apparences et y compris après des révolutions, le changement conserve des acquis devenus pour ainsi dire irréversibles. Ainsi la *charte de 1814* qui consacre sous la dénomination « droit public des français » les changements de 1789.

On doit faire la distinction entre la continuité ou la rupture juridique constitutionnelle et entre la continuité ou la rupture matérielle du contenu.

B. Modalités

Établir une constitution relève d’une prérogative souveraine**,** du pouvoir souverain. Donc en théorie, le pouvoir constituant devrait être l’œuvre créatrice du souverain.

*De facto*, c’est le gouvernement en fonction à « l’instant T » qui exerce effectivement et provisoirement le pouvoir politique, qui va décider très concrètement du mode d’établissement des constitutions.

Et donc, selon la philosophie politique adoptée, on peut distinguer les modes démocratiques d’établissement de constitutions de ceux qui ne le sont pas.

1. Les modes démocratiques

On s’en tiendra pour l’instant à la vision courante de la démocratie. Et donc c’est l’idée que le peuple souverain doit déterminer quelle sera la constitution de l’État.

Donc, il faut voir comment concrètement ledit peuple va contribuer à l’élaboration de cette constitution.

3 degrés de « démocratisation » peuvent être mis en exergue :

⮚ *Une approbation référendaire d’une constitution élaborée en dehors du peuple*

C’est à la limite du procédé démocratique. C’est même trop souvent un habillage démocratique de procédé ne l’étant pas…

C’est-à-dire que souvent le peuple vient ratifier ou rejeter la constitution élaborée par les gouvernants, une sorte de « paquet ficelé » par ces gouvernants sans qu’il y ait toujours un débat quant à la nature des institutions à mettre en place.

Et le risque parfois, c’est de voir ce référendum glisser vers le *plébiscite* où ce qui importe n’est pas tant le texte proposé que l’auteur, rédacteur du texte qu’il s’agirait d’approuver.

L’histoire constitutionnelle française a pu l’illustrer à l’instar notamment de la *Constitution de 1852* où le peuple fut simplement appelé à donner en quelque sorte un chèque en blanc à la constitution. On eut aussi une ratification (bien préparée…) populaire de la *constitution de l’an VIII*.

En version plus démocratique compte tenu des conditions d’organisation du scrutin, on eut bien sûr la ratification de *la constitution de 1958* (cf. *infra*) par le *référendum du 28 septembre 1958* même si les aspects plébiscitaires n’étaient pas vraiment absents...

En tout cas, les constituants dans cette hypothèse sont bien *juridiquement* les électeurs donc le peuple.

⮚ *Élaboration de la constitution par une assemblée constituante sans ratification populaire*

☞ C’est ici introduire la notion importanted’assemblée dite « constituante ».

En principe, en démocratie pure, le pouvoir constituant s’exerce directement. Mais ce n’est pas toujours possible *et/ou* souhaitable.

Aussi on fait appel à la techniquedite« représentative » (qu’on aura l’occasion de revoir plus précisément ultérieurement), qui permet donc une participation du peuple mais *indirectement*.

Et cette technique a d’ailleurs été naturellement adoptée au XVIII° siècle quand il a fallu rédiger les premières constitutions des États américains qui furent élaborées par des assemblées législatives.

Mais il y a un risque : celui de masquer la différence, la frontière entre la loi *constitutionnelle* et la loi dite *ordinaire* vu l’identité des auteurs.

Cette loi risque d’être alors vue moins comme la loi du peuple que comme celle des élus.

C’est pour cela qu’on avait conçu donc en Amérique le système de l’assemblée *constituante*, c’est-à-dire une assemblée spécialement élue pour cette tâche et qu’on appelait d’ailleurs *convention* : on élit spécialement une assemblée pour élaborer la constitution et donc son mandat s’achève quand la constitution est élaborée : on distingue bien le pouvoir constituant du pouvoir législatif qui est un pouvoir institué, *constitué*.

☞ Plusieurs modalités possibles :

* On aura tantôt une assemblée constituante qui ne soit *que* constituante, donc *ad hoc* (pour cela).
* Tantôt une assemblée *à la fois* constituante et législative, avec donc une concentration des pouvoirs pour cette assemblée (solution française traditionnelle ; cf. histoire constitutionnelle).

Autre précision à apporter : il faut voir quels sont les *pouvoirs* de l’assemblée constitutionnelle à l’égard du texte élaboré :

* Ou l’assemblée est « souveraine » et c’est la solution représentative par excellence : les représentants sont assimilés fictivement aux citoyens et donc maîtrisent complètement la constitution car ils l’élaborent, l’approuvent et lui confèrent une valeur obligatoire sans que les citoyens soient amenés d’une manière ou d’une autre à faire connaître leur opinion
* Ou elle est limitée par une ratification populaire nécessaire mais alors on est déjà dans l’hypothèse suivante qui apparaît comme une combinaison des 2 précédentes.

⮚ *Élaboration par une assemblée constituante et ratification référendaire*

Ici atténuation de la technique représentative : c’est déjà de la technique dite de « démocratie semi directe ».

Ici, le peuple, d’une certaine façon, se prononce 2 fois :

* Audébut de la procédure avec l’élection d’une assemblée constituante
* À la fin pour l’adoption de la constitution.

En somme, le rôle de l’assemblée constituante apparaît, toutes proportions gardées, comme étant alors plus *technique* que politique.

2. Les modes non démocratiques

Les modes pour ainsi dire autoritaires avec là aussi des degrés.

2 techniques en commençant par la plus autoritaire, la plus unilatérale.

⮚ *L’octroi*

Procédé le plus autoritaire : il consiste pour le titulaire du pouvoir à donner desa propre volonté une constitution à son peuple ou plutôt à ses « sujets ».

Cela dit, cela traduit très souvent une certaine contrainte politique… Ce n’est pas toujours parce qu’il le veut qu’il donne dans sa grande bonté la constitution, c’est souvent parce que le monarque ne peut guère faire autrement. On a ainsi l’exemple célèbre de *Louis XVIII* octroyant la *charte du 4 juin 1814*.

⮚ *Le pacte constituant*

Très courant dans les monarchies dites « constitutionnelles ».

C’est le résultat d’une transaction, d’un compromis entre les forces politiques en présence, plus particulièrement entre une assemblée et un gouvernant avec l’exemple type de la *charte française de 1830* qui fut négociée par *A. Thiers* au nom des parlementaires alors élus au suffrage censitaire et le futur *Louis-Philippe d’Orléans* consécutivement à la « révolution » de 1830 mettant un terme à la *Restauration*.

En fait, on a surtout négocié la révision de la *charte de 1814*... Ce qui montre que la frontière pouvoir constituant/dérivé peut être ambigüe à l’occasion.

§. 2. Le pouvoir constituant dérivé ou la révision constitutionnelle

A priori, il est normal et naturel de prévoir un tel mécanisme car rien n’est immuable.

Même si par définition, le texte constitutionnel a été réfléchi sérieusement (on peut l’espérer) parce que destiné malgré tout à durer, il peut apparaître, au fil du temps et de l’application, utile de modifier, d’ajuster, de corriger sans pour autant que le régime, le système soit remis en cause dans sa substance.

Ce qui laisse déjà penser qu’il y a des degrés, voire des limites à ce pouvoir.

En fait avant d’étudier les modalités, on doit s’arrêter sur la notion elle-même qui peut se révéler d’une grande complexité.

A. Notion : un pouvoir équivoque

Au sens strict, le *PCD* est le pouvoir de *réviser* une constitution existante *selon* les formes et mécanismes prévus par cette constitution.

Vision simple de laquelle découlent 2 types de conséquences :

* Cette notion s’opposerait donc à toute abrogation *ou* révision coutumière de disposition constitutionnelle à moins que la constitution elle-même n’institue la *coutume* comme un mode normal de révision constitutionnelle (cf. *supra*).
* Et d’autre part, il faut considérer que ce *PCD* ne peut pas être confondu avec le pouvoir d’*interprétation* dont sont investis les juges constitutionnels. S’ils pouvaient par leur pouvoir d’interprétation de la constitution aboutir à une modification des règles écrites, ce serait une usurpation, un accaparement du pouvoir constituant, ce serait le « gouvernement des juges » ; mais il est vrai aussi que la frontière interprétation/création du droit est parfois délicate à tracer…

On pourrait se contenter de cette approchesimple mais à la réflexion, ce *PCD* renvoie à des grandes interrogations.

Pour ne pas dire une certaine contradiction compte tenu des notions déjà vues :

* Il est *institué*, donc en quelque sorte limité
* Mais il est constituant, ce qui l’assimile plutôt à la *souveraineté*, donc à un pouvoir logiquement sans limites.

Comment concilier ?

1. Un pouvoir institué, pouvoir limité ?

Il convient de cerner le sens du caractère dit « institué » avant d’en souligner les conséquences.

a. Problématique

☞ On vient de voir que la constitution est l’œuvre du constituant dit *originaire* afin de bien marquer le caractère inconditionné et premier de cette prérogative.

Cela se comprend comme un acte de *fondation* : on met en place les principes et les bases de la collectivité étatique.

Donc seul le *souverain*, autorité suprême peut y procéder.

Et une fois l’acte élaboré, le constituant s’efface derrière son œuvre. Alors sont appelés à agir les pouvoirs *constitués*, *institués* mais bien sûr dans le *cadre* de cette norme fondamentale.

Et donc à partir de là on pourrait dire qu’il existe une « hiérarchie » au sein même de la constitution : l’élaboration de la constitution, c’est le souverain unique et donc c’est intangible.

☞ Sa révision, c’est un pouvoir *institué* qui pourrait être réparti entre plusieurs *autorités* et qui donc est *subordonné* au constituant : à partir de là, pas question de méconnaître la substance même de la constitution, ni *a fortiori* de l’abroger.

Le pouvoir de révision serait *lié* ; il ne pourrait s’exercer que pour préserver et rendre plus effectifencore le texte constitutionnel.

Et donc, on justifie une différence nette entre les régimes d’établissement et de révision de la constitution.

En somme, le pouvoir de révision est un pouvoir *constitué* et donc devant se plier au constituant qui ne saurait être qu’originaire. Et donc, on pourrait dès lors justifier les *limites* qui sont posées au pouvoir de révision.

b. Les limites

2 types de limites peuvent se rencontrer.

⮚ *Limites temporelles*

Interdiction donc de réviser tout ou partie une constitution pendant une certaine durée pour assurer une plus grande stabilité au régime mis en place.

On peut rattacher des interdictions *circonstancielles* comme l’*article 89* de la *constitution de 1958* où l’on dit qu’aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu’il est porté atteinte à l’intégrité du territoire.

*⮚ Limites matérielles*

☞ C’est là surtout où l’on mesure pleinement l’*impact* du caractère dit « institué » du pouvoir de révision à l’instar de l’interdiction de mettre en cause la forme républicaine du gouvernement (*art. 89 C*).

Mais l’exemple le plus remarquable demeure la *loi fondamentale allemande* qui soustrait à la révision un noyau de principes jugés intangibles, en l’occurrence les droits fondamentaux des 20 premiers articles de la *Loi fondamentale* *de 1949*.

☞ Ajoutons à cette question des limites matérielles, le vieux débat de la *supra constitutionnalité*.

Problème classique qui existe depuis qu’existent les constitutions *normatives* : n’y aurait-il pas d’autres règles ou principes qui interdiraient certaines révisions constitutionnelles notamment parce qu’elles se rattacheraient à des normes et à des valeurs extérieures, donc supérieures, à cette *constitution* ?

Donc à la limite, en plus des bornes *explicites,* c’est-à-dire prévues par le texte lui-même, on aurait des limites *implicites* non intégrées au texte constitutionnel mais qui viendraient cependant encore plus le pouvoir de révision.

On peut déjà ne pas retenir cette « supra constitutionnalité » : l’idée de ne pouvoir déroger à certains principes fondamentaux peut être intéressante mais en philosophie politique.

Mais c’est difficile à transcrire en droit sauf à faire de ces principes supra constitutionnels des principes... eux-mêmes constitutionnels.

En revanche, il est peut-être possible à l’intérieur même du droit constitutionnel d’admettre des dispositions ou principes considérés comme *plus importants**que d’autres*.

Ce qui voudrait dire que les dispositions moins essentielles devront respecter ces dispositions considérées comme étant plus fondamentales.

En d’autres termes, un droit constitutionnel « simple » devrait respecter un droit constitutionnel « fondamental », ce qui veut dire qu’il existerait à l’intérieur même du bloc constitutionnel une *hiérarchie interne* comme il peut exister au sein du bloc des lois certaines supérieures hiérarchiquement à d’autres (par exemple, aujourd’hui, la distinction loi *organique* et loi *ordinaire*).

Mais alors un *contrôle de constitutionnalité* de lois *constitutionnelles* serait possible de la part du juge constitutionnel, ce que peut faire par exemple la *Cour constitutionnelle allemande*.

Or là où il existe, ce contrôle a toujours montré des juges constitutionnels plutôt prudents parce que même s’il est *dérivé*, le pouvoir demeure *constituant* et donc participe d’une souveraineté guère contestable.

A partir de là, comment contrôler un pouvoir qui participe de la souveraineté ?

Un pouvoir contrôlé est-il encore souverain, surtout si le contrôle émane d’un pouvoir « constitué » comme le juge constitutionnel ?

2. Un pouvoir toujours constituant

L’idée dominante est qu’un souverain peut toujours librement agir, intervenir.

Il y a donc en règle générale cette conviction que le pouvoir de révision est malgré tout souverain d’abord parce qu’on parle de pouvoir *constituant*, ce qui induit lasouveraineté sinon autant n’évoquer que l’adjectif *constitué*.

Et le contexte démocratique conforte cela : il s’agit d’affirmer la liberté en particulier du peuple de modifier, voire d’abroger librement l’œuvre constituante.

2 aspects illustreront et attesteront ce caractère constituant : les notions de *rigidité* constitutionnelle et de révision *totale*.

a. La rigidité constitutionnelle

☞ Cela touche les modalitésmais cela exprime, atteste, la *marque constituante* du pouvoir.

Une constitution dont la révision est entourée, encadrée de conditions précises est dite *rigide* or cela est essentiel pour qu’il y ait constitution « normative ».

C’est cela qui donne à la constitution son statut de loi *fondamentale* et suprême, qu’on ne saurait donc changer dans les mêmes conditions qu’une simple loi ordinaire.

Attention ! Cela ne signifie pas qu’une constitution *rigide* ne puisse être changée : cela signifie qu’on ne peut la changer *que* selon certaines formes prévues et déterminées à l’avance. Donc, ce n’est pas un texteimmuablemaisun textefixe.

Une constitution immuable ne serait pas synonyme de liberté : le peuple ne pourrait alors en effet la changer.

Simplement, pas question de la modifier, de la faire modifier par les pouvoirs ordinaires de la société politique : seul, le pouvoir *constituant* peut le faire et non les pouvoirs *constitués*.

Autrement dit, si le pouvoir de révision est un pouvoir *institué* par le constituant originaire, il reste *constituant* et donc au-dessus des constitués.

☞ Là on voit toute la distinction constitution *rigide*/constitution *coutumière* : le *Royaume-Uni* a une constitution coutumière mais aussi assortie de textes écrits ; or ces textes écrits peuvent être modifiés dans les mêmes conditions que les simples lois ordinaires.

Donc la rigidité marque, prouve le caractère *constituant* en se distinguant du *constitué* mais en même temps, il ne faut pas que cela soit un obstacle à la modification. Car, *quid* alors de la légitimité de telles procédures qui viendrait verrouiller, lier les générations futures ?

La souveraineté ne peut se lier sinon elle perd de son sens (ne pas oublier l’*inaliénabilité* de la souveraineté).

Donc, une constitution vieille de plusieurs décennies ou siècles s’impose aux générations qui ne l’ont pas adoptée ou qui n’ont jamais voté pour elle tant qu’une majorité d’un type particulier (c’est-à-dire différente de celle requise quand il s’agit simplement de voter une loi ordinaire) ne se dégage pas pour décider d’en changer.

b. La révision totale

La difficulté est grande à distinguer le pouvoir constituant *originaire* et celui *dérivé* quand il est question... de révision « totale ».

Là aussi, il faut bien comprendre cette expression car des constitutions prévoient cette distinction révision *totale*/révision *partielle*, mais pas forcément toujours dans le même sens.

La révision dite « totale », c’est donc un changement constitutionnel global (on change tout).

C’est finalement la possibilité d’abroger la constitution existante *mais dans le cadre*, les conditions et avec l’autorisation de celle-ci. Ce qui n’est pas sans ambiguïté.

En *Suisse* est considérée comme « totale » la révision dont l’objet est l’édiction d’un nouveau texte qui vient totalement se substituer à l’ancien : on peut dire que le pouvoir de révision ici est placé sur un pied d’égalité avec le pouvoir constituant *originaire* sauf à considérer que la révision totale doit se faire dans le respect de règles de procédure prévues par la constitution remplacée.

Une procédure de révision qui est généralement plus lourde que celle prévue pour la simple révision partielle. Mais alors, seule une question de *procédure* permet de distinguer ces 2 types de révision.

Alors qu’en *Espagne* ou en *Autriche*, s’y ajoutent aussi des conditions de *fond* : la révision totale se définit alors

* Ou bien *quantitativement* par le fait qu’elle vient remplacer l’intégralité du texte constitutionnel
* Ou bien *qualitativement* parce qu’elle porte sur le noyau constitutionnel « intangible », ce qui renvoie à l’idée d’une hiérarchie au sein même du droit constitutionnel comme vu précédemment et donc une procédure différente, plus lourde encore.

Ainsi même les fameuses limites au pouvoir de révision qu’on évoquait comme révélateurs, significatifs de pouvoir « institué » peuvent... sauter mais dans le cadre d’une procédure différente de révision, plus solennelle et donc plus lourde à mettre en œuvre.

Ainsi se trouve toujours valorisé l’aspect *souverain* lié à la notion même de pouvoir constituant.

Mais si la révision totale peut *tout* réviser, c’est qu’elle a bien le même champ d’action que l’originaire.

A la limite, ce dernier n’existe plus : il n’y a plus d’établissement, plus de pouvoir constituant *originaire* : il n’y aurait que des révisions. La *V° République* est née d’une révision de la procédure de... révision de la *IV°* (cf. *infra*).

B. Modalités

Il faut revenir sur la distinction rigide/souple avant de présenter globalement les constantes procédurales compte tenu de la diversité des constitutions et donc des solutions adoptées.

1. Retour sur la distinction constitution souple/constitution rigide

☞ On a déjà approché cette notion de *rigidité*.

On rappelle qu’une constitution est rigide lorsque sa révision ne peut se faire qu’à la suite d’une procédurecomplexe. Car il s’agit toujours de marquer la supériorité *formelle* de la constitution sur toutes les autres règles internes et donc à rendre la révision plus difficile que s’il s’agissait de modifier une loi ordinaire.

Alors donc qu’une constitution *souple*, c’est lorsque du point de vue de la *forme*, elle ne se distingue pas nettement des autres lois et que donc on peut la modifier sans qu’il y ait des exigences particulières de procédure.

☞ Pourquoi une rigidité ? Pour bien marquer une conception *normative* de la constitution et donc traduire en règles juridiques un plus *vaste consensus politique* que celui qui est demandé pour une simple loi.

En clair, il ne faudrait pas que la constitution soit dépendanted’unesimple alternance majorité/opposition mais que, compte tenu de sa vocation constituante, et donc *fondamentale*, elle provienne d’un accordpolitiquele plus large possible, du moins renforcé.

Cela dit, par-delà cette distinction, il vaut mieux évoquer des *degrés* de rigidité selon le nombre *et* la nature des conditions qui doivent être remplies pour qu’elle puisse être révisée.

Autant une constitution est *plus ou moins* rigide, autant une constitution est souple *ou* ne l’est pas.

Mieux d’aucuns pensent qu’une constitution souple... n’est plus une constitution par définition faute de revêtir un sens formel : elle serait tout au plus une constitution mais au sens *matériel* (cf. *supra*).

☞ Les exemples de souplesse sont rares : on a le *Royaume-uni* parce qu’ayant une constitution coutumière et donc ne prévoyant aucune procédure *spéciale* pour sa révision : en raison du principe de la souveraineté parlementaire qui prévaut là, il est admis qu’une révision de la constitution puisse être la conséquence du vote d’une loi ordinaire.

A la limite, le Parlement semble pouvoir à tout moment modifier la constitution ou tout simplement l’ignorer. S’il vote une loi contraire à une norme constitutionnelle (y compris contenue dans un support coutumier), on considère qu’il a voulu la modifier, l’abroger.

Cela peut paraître surprenant qu’une simple loi puisse modifier une coutume très ancienne. Il serait peut-être plus satisfaisant, plus logique (question de « parallélisme » de formes et de compétences) que la modification d’une coutume se fasse par une autre coutume…

Des exemples de constitutions *écrites* *souples* ? Difficile à reconnaître.

Souvent, la souplesse n’est alors pas autre chose qu’une rigidité *minimum* : il y a malgré tout une différence procédurale avec l’adoption des lois ordinaires même légère à l’image de la *III° République* où il fallait juste un vote séparé des deux chambres (comme la loi ordinaire) mais il fallait tout de même en plus le vote d’un organe spécial, « l’Assemblée Nationale » qui était alors la réunion de la *Chambre des députés* et du *Sénat*.

Et la *charte de 1814* ? Aucune procédure n’était prévue. Alors d’aucuns en ont conclu qu’on pouvait la modifier comme une loi ordinaire donc... souplesse.

En revanche, d’autres ont pu dire que ce serait au contraire le summum de la rigidité : il n’y a que le souverain, ayant donné la constitution, qui pourrait la réviser, c’est-à-dire donc le *PCO*, ce qui viendrait du coup effacer quelque peu la distinction entre les deux pouvoirs constituants.

2. Les procédés

La rigidité constitutionnelle pose un problème : il faut alors placer la constitution *au-dessus*de la loi ordinaire.

Mais il ne s’agit pas non plus de poser des conditions trop drastiques pour la réviser au risque de tomber dans l’irréalisable. Mais d’un autre côté, il faut un minimum substantiel sauf à verser dans la constitution dite souple.

Bref, il faut trouver une bonne moyenne, un degré adéquat de rigidité qui soit tolérable, réaliste.

Car les conditions de procédure peuvent concerner plusieurs points ; plusieurs paramètres peuvent être pris en compte (5) :

⮚ *Les délais*

On peut exiger un minimum d’existence de la constitution. On pratiquait cela souvent dans la première période du constitutionnalisme écrit.

C’est l’idée que la constitution formelle ne doit pas être modifiée au gré d’une majorité momentanée, si ce n’est accidentelle : il s’agit de mûrir la décision et donc l’on exige qu’elle soit prise par plusieurs assemblées successives. Ainsi en *1791*, la première constitution écrite française exigeait un « vœu » formulé par 3 assemblées législatives successives puis un vote par une assemblée spéciale... Quelle lourdeur !

⮚ *La question de la désignation de l’autorité qui sera investie du droit d’initiative de révision constitutionnelle*

Dans un *État unitaire*, cette initiative peut appartenir aux organes *soit* de l’exécutif, *soit* du législatif, *soit* aux deux (comme sous la *V° République*).

Dans un *État fédéral*, il faut ajouter en outre que cette initiative peut appartenir aux États fédérés où à un nombre minimum précisé d’entre eux.

Et ne pas omettre dans les États pratiquant les procédures de démocratie « directe » la possibilité d’une « initiative populaire » à l’instar de la *Suisse*.

⮚ *Qui peut ensuite prendre la décision même de réviser ?*

Car une fois l’initiative de révision prise, engagée, il faut prendre la décision de lui donner une suite, de la mener à son terme.

Ici, la constitution pourrait prévoir que cette décision appartienne *soit* à l’exécutif, *soit* au législatif.

La règle générale dans les États : le *législatif***,** quel que soit l’initiateur de la révision.

Et du coup, question essentielle : l’autorité investie du pouvoir de décider la révision peut-elle bloquer l’initiative de la révision prise par une autre autorité ou non ? Autrement dit, une compétence *discrétionnaire* ou *liée* ?

⮚ *Qui va élaborer la révision ?*

*Soit* c’est l’assemblée : « *proposition* »*, soit* c’est l’exécutif : « *projet* ». Voire, plus rare, le peuple qui, en plus de l’*initiative*, pourrait carrément rédiger une proposition sous forme d’articles.

Cela dit, la règle générale est plutôt le législatif.

Parfois, les constituants ont estimé que pour réviser la constitution, il était nécessaire de respecter le « parallélisme des formes ». Donc, quand il faut une assemblée *spéciale* pour faire la constitution (l’assemblée *constituante*), il conviendrait de recourir à une autre constituante pour réviser.

⮚ *Question de l’adoption de la révision*

A ce stade de la procédure, on peut avoir une rigidité importante et la plupart du temps on aura : une adoption faite par un organe *distinct* du législatif en formation ordinaire, un organe donc spécial, généralement selon une majorité *qualifiée*, c’est-à-dire qu’on rend le vote plus difficile, en exigeant une majorité plus importante que la simple.

Parmi ces organes spéciaux d’adoption des révisions constitutionnelles, on peut trouver :

* Une assemblée *constituante* dans les cas où une telle assemblée serait chargée d’élaborer la révision ; c’est peu fréquent car trop lourd. Aussi, on prévoit le plus souvent un organe spécifique, à peine plus solennel que l’organe législatif ordinaire à l’instar du *congrès* de la *V° République,* c’est-à-dire la réunion de l’Assemblée nationale et du Sénat (cf. *infra*).
* Une fois adoptée par un organe *spécial*, il faut savoir que la révision peut ne pas être encore définitive puisqu’on demande parfois, en plus, une ratification populaire ainsi en *Suisse*, la révision ne devient définitive que si elle obtient *à la fois* une majorité des voix *et* une majorité des cantons (on retrouve ici l’impact du principe de *participation* des États fédéraux vu précédemment).

***Section 3. La protection de la constitution***

La *constitution* enferme le pouvoir dans un statut, donc le limite nécessairement.

En clair, les pouvoirs *constitués* sont tenus d’agir dans le cadre fixé par le pouvoir constituant avec qui il ne doit pas être confondu.

Et pour garantir cette séparation, il faut faire en sorte que ces pouvoirs constitués ne puissent pasméconnaître, violer les volontés du pouvoir constituant.

Or bien sûr, il y a toujours une tentation chez les gouvernants d’oublier des contraintes constitutionnelles. Donc, il faut protéger la constitution et donc sanctionner les écarts pour mieux prévenir cette tentation.

Or cette protection a pu revêtir 2 formes :

* + - Une dépassée, datée, pas forcément adaptée à la conception dite *normative* de la constitution : la protection *politique*
    - Une qui s’est particulièrement développée : la *juridique* se traduisant par le contrôle de *constitutionnalité*.