

DROIT CONSTITUTIONNEL 1

Cours de M. le Professeur Armel LE DIVELLEC

Travaux dirigés

Séances n°8 : L'ordre constitutionnel et les différentes facettes de la notion de constitution

Date de distribution : semaine du 22 au 28 novembre 2021.

Date d'utilisation : semaine du 29 novembre au 5 décembre 2021.

OBJET DE LA SEANCE :

La notion de « constitution » — terme qui a donné son nom à la discipline droit constitutionnel — est riche et complexe, mais aussi, de ce fait, particulièrement délicate à saisir. C'est pourquoi elle ne pouvait être abordée frontalement dès le début du semestre ; il fallait au préalable commencer par tenter de cerner les contours majeurs du champ du droit constitutionnel.

Bien que, pour la plupart des juristes comme pour l'opinion commune, le terme "constitution" (sans épithète) soit principalement réservé, notamment dans les pays de tradition romane comme la France, à un texte solennel auquel est le plus souvent attribuée une qualité supérieure dans l'ordre juridique (ainsi par exemple la Constitution fédérale des Etats-Unis de 1787 ou la Constitution française de 1791), il importe de prendre d'emblée conscience que le terme "constitution" renvoie également à d'autres définitions et à d'autres objets, eux aussi strictement juridiques ou non. Ainsi, par exemple, dans le sens le plus large, "constitution" reste régulièrement employé comme équivalent à "système politique". Ainsi encore, il apparaît que les juristes sont toujours obligés d'ajouter une épithète au mot constitution pour caractériser précisément l'un de ses sens particuliers (par ex.: constitution formelle, constitution souple, constitution nominale, etc.). Il est donc nécessaire de comprendre avec rigueur cette pluralité de sens, car ils sont tous reliés les uns aux autres, si bien que l'on peut parler d'une pluralité de facettes de la notion générale de constitution.

Mais par-delà les spécificités que chaque pays peut connaître, par-delà les solutions différenciées que chaque pays apporte pour fonder et encadrer juridiquement chez lui le pouvoir politique, se manifeste une profonde unité de la notion plurielle et complexe de constitution dans le monde des pays libéraux et démocratiques et de la problématique qu'elle pose en termes juridiques. Au final, il peut être suggéré que c'est la notion d'ordre constitutionnel qui unifie les facettes et rend le mieux compte de la complexité du droit applicable au pouvoir politique comme aux citoyens.

ARTICLES du *Dictionnaire du droit constitutionnel* à lire :

v. Abrogation, Acte, Amendement (3. la procédure des amendements en droit constitutionnel américain), Assemblée constituante, Autorité (3. au sens normatif), *Bill of Rights*, **Bloc de constitutionnalité**, Charte, Charte de l'environnement, Comité consultatif constitutionnel, Common law, **Constitution**, Constitutionnalisation, Constitutionnalité (principe de.), Constitutions de la France, **Convention de la constitution**, Coutume, Déclaration des droits de l'homme, **Droit constitutionnel**, Droit positif, État de droit, Exigence constitutionnelle, Hiérarchie des normes, **Institution**, Légicentrisme, Loi, **Loi constitutionnelle**, Loi fondamentale, Loi organique, Monarchie constitutionnelle, Norme, Objectif, **Ordre constitutionnel**, **Pouvoir constituant**, **Pouvoir de révision**, Pratique, Préambule, Principe(s), *Rule of law*, Supraconstitutionnalité, Travaux préparatoires.

DOCUMENTS DE LA FICHE :

1. BERRIAT SAINT-PRIX Félix, *Théorie du droit constitutionnel français*, Paris, Vidéoq, 1851.
2. LASSALLE Ferdinand, *Sur l'essence des constitutions* (*Über Verfassungswesen*), 1862, trad. fr. Vaillant Édouard (1896), rééd. Sulliver, 1999 (extraits).
3. MATHIOT André, *Le régime politique britannique*, A. Colin, 1955, p. 190-195.
4. Cour Suprême du Royaume-Uni, jugement du 24 septembre 2019, *R. (Miller) v. The Prime Minister*, affaire dite « Miller 2 ».
5. PAINE Thomas, *Rights of Men*, 1791, trad. fr. (*Les*) *droits de l'homme*, Belin, 1987 : chap. IV : « Des constitutions », p 215-239.
6. SIEYES Emmanuel, *Qu'est-ce que le Tiers- état ?*, janvier 1789 (extrait du chap. V).
7. BRYCE James, « Constitutions souples et constitutions rigides (1884) », trad. fr. T. Desmoulins et S. Dubiton, *Jus Politicum*, n° 11, 2013.
8. Exemples de différentes procédures de révision des constitutions formelles.
9. PRADIER-FODERE Paul, *Principes généraux de droit, de politique et de législation*, Paris, Guillaumin et c^{ie}, 1869, p. 63 et p. 207-208.
10. SALEILLES Raymond, *Y a-t-il vraiment une crise de la science politique ?*, 1903, p 41-42.
11. HAURIOU Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2015, p. 95-96.
12. BRYCE James, *La république américaine* (*The American Commonwealth*, 1888), trad. fr. 1900 (extraits).
13. SAINT JOHN BOLINGBROKE Henry, *Dissertation sur les partis politiques (A Dissertation upon parties)*, 1733 (Lettre 10, extraits).

BIBLIOGRAPHIE COMPLEMENTAIRE :

- O. BEAUD, « Constitution et droit constitutionnel », in D. Allard, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.
- R. CAPITANT, « La coutume constitutionnelle » (1930), rééd. in *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. 283 ss.
- A. LE DIVELLEC, « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus Politicum*, n°4, juillet 2010. (www.juspoliticum.com)
- A. LE DIVELLEC, « De quelques facettes du concept juridique de constitution. Essai de clarification sémantique », *Mélanges Elisabeth Zoller*, Dalloz, 2018, p 727-753. (disponible sur a-ledivellec.net)

I. Une pluralité de façons d'envisager la notion de constitution

DOCUMENT n° 1. Félix BERRIAT SAINT-PRIX, *Théorie du droit constitutionnel français*, Paris, Videcoq, 1851.

1. Le mot "constitution" a des significations diverses. Pris dans son acception étymologique, il veut dire **établissement, organisation** ; – ou bien, dans un sens passif, **manière d'être**, mode suivant lequel une chose est organisée. C'est ainsi que l'on dit, soit des Etats, soit des individus, que leur constitution est ébranlée ou raffermie, affaiblie ou fortifiée. [...]

2. Dans le langage ordinaire, et surtout quand il est écrit au frontispice de dispositions légales, le mot constitution désigne **la collection des règles** qui déterminent la forme du gouvernement d'un peuple. C'est la loi qui fixe la distribution des pouvoirs politiques. Elle dit comment sera conféré et à quelles conditions sera exercé le mandat de faire les lois, de les exécuter et de les appliquer aux différends.

On verra tout à l'heure que la pratique ne réalise pas toujours rigoureusement l'idée que donne ma définition.

3. Ai-je besoin d'expliquer l'expression figurée par laquelle on donne, dans l'usage, le nom de la constitution elle-même à l'écrit ou au livre qui la renferme ?

DOCUMENT n° 2. Ferdinand LASSALLE, *Sur l'essence des constitutions (Über Verfassungswesen)*, 1862, trad. fr. Vaillant Édouard (1896), rééd. Sulliver, 1999 (extraits).

« [...] Qu'est-ce qu'une constitution ? En quoi consiste l'essence d'une constitution ? [...]

Si je pose cette question à un juriste, il me répondra à peu près ainsi : "Une constitution est un pacte juré entre un roi et un peuple, pacte qui établit, pour un pays, les principes fondamentaux de sa législation et de son gouvernement." Ou s'il envisage les constitutions républicaines, il dira, d'une manière plus générale encore : "Une constitution est, pour un pays, la loi fondamentale qui établit l'organisation du droit public de la nation."

Mais cette définition juridique, et toutes les définitions formelles semblables, sont loin d'être une réponse réelle à ma question. Toutes ces réponses, en effet, ne sont qu'une indication superficielle de la façon dont une constitution arrive à l'existence et de ce qu'elle fait ; mais elles ne nous disent pas ce qu'est une constitution. Elles nous donnent un critérium et des signes de reconnaissance extérieurs et juridiques d'une constitution mais elles ne nous disent en rien la notion, l'essence d'une constitution [...].

Constitution et loi ont évidemment même essence. Une constitution doit avoir force légale ; elle doit donc ainsi être une loi. Mais elle ne doit pas seulement être une loi ; elle doit être plus qu'une loi. [...]

A cette question on répond d'habitude : une constitution n'est pas simplement une loi comme une autre, elle est la loi fondamentale du pays. Et il est bien possible [...] que la vérité se trouve obscurément cachée dans cette réponse. Mais nous ne sommes guère plus éclairés, car la question réapparaît maintenant ainsi : comment une loi se différencie-t-elle d'une loi fondamentale ? [...]

Serrons donc la question de plus près et recherchons ce qu'il faut entendre par ce nom : "loi fondamentale" [...].

Une loi fondamentale devra donc :

1° Etre une loi plus profondément établie qu'une autre loi, ainsi qu'il ressort de son nom : loi fondamentale ; elle devrait aussi :

2° Pour être une loi fondamentale, former le fondement, la base des autres lois, c'est-à-dire que si elle doit vraiment former le fondement, elle doit porter ses effets dans les autres lois

ordinaires. La loi fondamentale doit donc exercer, étendre son action par les autres lois ordinaires.

3° Mais une chose qui a un fondement, une cause, ne peut indifféremment être d'une façon ou de l'autre ; elle doit être comme elle est ; elle ne peut être autrement. Il n'y a que ce qui n'est pas fondé, pas déterminé, il n'y a que l'accidentel qui puisse être comme il est et aussi autrement. [...]

Si donc la constitution forme la loi fondamentale d'un pays, [...] cette constitution serait un quelque chose à mieux déterminer, ou, comme nous venons de le voir, et pour le moment, une force active qui, de toutes les lois promulguées et de toutes les mesures légales prises en ce pays, fait nécessairement ce qu'elles sont, et de telle sorte qu'il n'y pourrait être promulgué d'autres lois que celles-ci.

Y a-t-il donc quelque chose en un pays [...], y a-t-il une force active et déterminante, qui agisse de telle sorte sur les lois promulguées en ce pays, que, dans une certaine mesure, elles soient nécessairement ce qu'elles sont et ne puissent être autrement ?

Certes [...], ce quelque chose existe et ce quelque chose n'est rien d'autre que **les rapports effectifs des forces et puissances dans une société donnée**.

Ce sont les rapports réels de forces qui, dans chaque société, forment cette force active et agissante qui détermine toutes les lois et mesures légales de cette société de telle façon essentielle qu'elles ne puissent, en rien, être autrement qu'elles ne sont. [...]

Vous savez [...] qu'en Prusse, cela seul a force légale, qui est publié dans le recueil, dans le Bulletin des lois [...]. Les textes originaux des lois sont conservés dans certaines archives de l'Etat [...].

Supposons, maintenant, [...] que par un remarquable concours de circonstances [...], il n'y eût plus une seule loi sous forme authentique.

Le pays aurait donc, par ce malheur, perdu toutes ses lois, et il ne lui resterait plus qu'à s'en faire de nouvelles.

Croyez-vous, vraiment, qu'on pourrait en ce cas, à volonté, se mettre à l'œuvre, et suivant son plaisir et sa convenance faire de nouvelles lois ? [...]

Je suppose donc le cas où vous diriez : les lois ont péri, nous allons maintenant faire de nouvelles lois où nous ne voulons plus donner à la royauté la place qu'elle a jusqu'ici occupée, ou même : nous ne voulons plus lui donner aucune place.

Alors le roi dirait simplement : les lois ont bien pu périr, mais, en fait, l'armée m'obéit, marche sur mon ordre ; c'est, en fait, sur mon ordre que les commandants font sortir les canons des arsenaux et des casernes, et font avancer l'artillerie dans la rue : appuyé sur cette puissance de fait, sur cette force réelle, je ne tolère pas que vous me fassiez une autre place que celle que je veux.

Vous le voyez, [...] un roi à qui armée et canons obéissent, c'est un morceau de constitution ! Ou bien je suppose ce cas : vous dites : nous sommes 18 millions de Prussiens. Parmi ces 18 millions, il n'y a qu'un nombre infime de nobles, grands propriétaires fonciers. Nous ne voyons pas pourquoi ce nombre infime de grands propriétaires fonciers aurait une influence pareille à celle des 18 millions de Prussiens, tous ensemble, pourquoi ils formeraient une Chambre de seigneurs qui balance et rejette, quand elles ont quelque valeur, les décisions de la Chambre des députés élue par toute la Nation. Je suppose le cas où vous parleriez ainsi et diriez : nous sommes tous "seigneurs" et maîtres et nous ne voulons pas de chambre particulière de seigneurs et maîtres. [...]

Mais les nobles, grands propriétaires fonciers, ont toujours eu une grande influence à la Cour et près du roi, et par cette influence, ils peuvent mettre armée et canons en mouvement, aussi bien que si ces instruments de puissance étaient directement à leur disposition.

Vous voyez donc [...], qu'une noblesse qui a de l'influence à la Cour et sur le roi est aussi un morceau de constitution. [...]

Je suppose maintenant que le Gouvernement veuille promulguer une loi pénale qui, comme il y en a en Chine, en cas de vol punisse le père de celui qui l'a commis. Cela, non plus, n'irait pas tout seul, car la culture générale, la conscience publique s'insurgeraient. Tous les employés de l'Etat, tous les conseillers du prince lèveraient les bras au ciel ; il n'y a pas jusqu'aux membres de la Chambre des seigneurs qui ne protestassent ; et ainsi, vous voyez [...] que, dans certaines limites, la conscience publique et la culture générale sont également un morceau de constitution. [...]

Nous avons ainsi vu [...] ce qu'est la constitution d'un pays [...] : le rapport réel, effectif, en ce pays, des forces sociales, des puissances en présence.

Et quelle relation est ce résultat avec ce que l'on a coutume de nommer une constitution, avec la constitution légale ? Vous voyez vous-même [...] ce qu'il en est.

On écrit sur une feuille de papier ces rapports effectifs des forces, on leur donne une expression écrite ; et une fois ainsi fixés par écrit, ils ne sont plus seulement des rapports effectifs de forces sociales, ils sont devenus le droit, ils sont devenus des dispositions légales, et qui ne les observe pas est puni. [...].

Nous avons vu jusqu'ici [...] la relation des deux constitutions d'un pays, la vraie constitution, les rapports réels de forces et qui existent de fait dans une société, et la constitution écrite que, pour la mieux distinguer de la première, nous pourrions nommer : la feuille de papier.

Comme il vous apparaît de soi, immédiatement et évidemment, tout pays à toute époque a eu une constitution effective, une constitution réelle, et il n'y a rien de plus faux et conduisant à des conclusions plus erronées que l'opinion générale et dominante, que c'est un caractère des temps modernes d'avoir des constitutions. Bien plus, de même que chaque corps a nécessairement une constitution quelconque, bonne ou mauvaise, conditionnée d'une façon ou de l'autre, de même et aussi nécessairement chaque pays a une constitution réelle. Car en chaque pays il faut bien qu'il y ait, de quelque façon que ce soit, des rapports de fait entre ses forces, ses puissances. [...]

Si dans une société une révolution est victorieuse, le droit privé demeure, il est vrai, mais toutes les lois du droit public sont à terre, ou elles n'ont qu'une signification provisoire et sont à refaire.

Alors s'est donc manifestée la nécessité de faire une nouvelle constitution écrite ; [...]

Quand donc une constitution écrite est-elle bonne et durable ?

Evidemment, en ce cas et en ce cas seul où, comme il résulte de tout notre exposé, elle répond à la constitution effective, aux rapports réels de force tels qu'ils existent dans le pays. Dans le pays où la constitution écrite ne correspond pas à la constitution effective, un conflit se produit, conflit inévitable et dans lequel inévitablement, à la longue, la constitution écrite, la simple feuille de papier, est vaincue par les rapports réels de forces tels qu'ils existent de fait dans le pays. [...]

Ce qui est écrit sur la feuille de papier est fort indifférent, quand il est en contradiction avec la situation réelle des choses, avec les rapports effectifs des forces. [...] Avec la même nécessité que celle qui réside dans la loi de la pesanteur, la constitution effective devait à chaque pas effacer la constitution écrite. [...]

Les questions constitutionnelles sont premièrement non des questions de droit, mais des questions de force ; la constitution effective d'un pays n'existe que dans les rapports réels et de fait des forces en ce pays ; les constitutions écrites n'ont alors de valeur et de durée que si elles sont l'expression exacte des rapports effectifs de forces, tels qu'ils sont dans la société [...] ».

II. La diversité des conceptions à travers l'espace

A. La constitution "coutumière" de l'Angleterre et ses composantes

DOCUMENT n° 3. André MATHIOT, *Le régime politique britannique*, A. Colin, 1955, p. 190-195.

Que veut-on désigner lorsque l'on parle de Constitution britannique ? Un ensemble complexe, une « structure vivante », continuellement modelée, au cours de l'histoire et sous nos yeux encore, par les actions et les réactions individuelles et collectives, en fonction des exigences de circonstance changeante ; des règles qui ne présentent, par rapport au droit du pays, aucune originalité formelle et que le législateur peut modifier, mais à la modification desquelles participent aussi les organes même chargés d'appliquer cette constitution. Est-ce à dire qu'ils soient libres de la modifier ? Pas le moins du monde et, suivant l'expression d'un auteur, la clé du développement constitutionnel britannique est l'interaction de la Couronne et de la nation, un processus de discussion et d'accord auquel participent le Parlement et l'opinion.

Le fondement du respect dû à la Constitution, qui est aussi la base de tout le système juridique, c'est la *rule of law*. Ce principe de contenu assez imprécis, caractérise le libéralisme. Il n'impose pas seulement le respect, par les citoyens, du droit de l'État ; il limite le pouvoir des autorités qui gouvernent et administrent ; il consacre à la fois la conception de l'État légal et de l'État libéral, dans lequel le droit oppose certaines barrières à l'action du pouvoir. Avec son contenu extensif, la *rule of law* peut exprimer aussi bien les vues d'un théoricien que l'analyse exacte de la pratique gouvernementale. Mais, si l'on examine cette pratique et le fonctionnement du régime, on constate que la *rule of law* l'inspire effectivement et que ses formules un peu vagues fournissent en réalité les critères du gouvernement libéral ou y conduisent : elles postulent des élections libres, l'accord du gouvernement avec la nation, d'où découle la possibilité d'écartier un gouvernement en désaccord avec l'opinion ; elles impliquent l'égalité de tous devant le droit du pays et le caractère fondamental de certaines libertés du citoyen et, finalement, une atmosphère générale de liberté, plus difficile à analyser qu'à ressentir, mais qui exclut l'arbitraire et associe l'opposition au gouvernement.

Beaucoup d'États ont cherché à atteindre de tels résultats par l'insertion de règles précises dans une Constitution écrite. En Grande-Bretagne, ces règles dont l'inspiration permanente est dans la *rule of law* forment aussi une constitution, mais très particulière à bien des égards et notamment quant aux éléments qui la composent.

Il est d'abord frappant, du point de vue du libéralisme même, que l'organisation des pouvoirs publics, les compétences, le fonctionnement du régime, ne relèvent pas d'une loi fondamentale ; les règles constitutionnelles ne sont pas plus fondamentales que les autres règles du droit anglais. Il est remarquable aussi que ces règles, non seulement n'aient rien d'immuable, mais soient considérées comme d'autant meilleures qu'elles seront plus facilement adaptables à des nécessités nouvelles.

Mais, surtout, comme la loi du pays, dont elle n'est qu'un aspect, la Constitution est un mélange de règles de natures diverses. Elles semblent correspondre, si l'on s'attache à l'objet, à quatre éléments d'inégal intérêt.

La législation est un élément de la constitution qui n'appelle pas de longs commentaires. Soit pour trancher un problème constitutionnel discuté, soit pour établir une réforme, le législateur britannique est souvent intervenu. Il est des documents fondamentaux.

Nous avons déjà dit l'importance historique de quelques grands textes qui ont été arrachés au souverain ou consentis par lui aux dates capitales de la lutte contre l'absolutisme. S'ils continuent d'être vénérés, c'est à la fois par respect de la tradition et par attachement aux idées qui les ont inspirées, mais leurs dispositions, on le sait, n'ont plus grand rapport avec les problèmes actuels de gouvernement. En fait, la plupart des actes fondamentaux intervenus

depuis la Grande Charte ont aujourd’hui une valeur symbolique. Ils ont fini par revêtir, dans l’esprit des citoyens, une signification et une portée libérales plus fortes qu’ils n’avaient lors de leur élaboration. C’est pourquoi ils sont considérés comme sacrés. Leur contenu importe moins et, d’ailleurs, aucune force juridique particulière ne leur est attachée ; la Grande Charte pourrait être abrogée par le Parlement exactement comme il peut fixer le statut de la télévision ou modifier une simple loi fiscale. À côté des textes fondamentaux, d’autres *statutes* touchent à des matières constitutionnelles : succession au trône, statut des juges, élections, statut de l’Irlande du Nord, organisation administrative.

Le deuxième élément de la Constitution est le *case law*. Les décisions des juges ont sans doute une moindre importance politique que dans les pays qui pratiquent le contrôle de la constitutionnalité des lois, mais les plus nombreuses règles du *common law* qui ont une portée politique font partie du droit judiciaire ; par référence à ses principes, les juges interprètent les lois et l’on peut dire que les libertés du citoyen, notamment, ont été définies et donc protégées par les cours.

Un troisième élément, non dépourvu d’importance, est constitué par *the Law and Custom of Parliament*. Certaines règles concernant les pouvoirs publics n’ont jamais été incorporées à un *statute* et sont hors de la compétence des cours : c’est ainsi que, sauf exception, le droit de siéger à la Chambre des Lords est déterminé par la Chambre elle-même ; les deux Chambres règlementent elles-mêmes leur procédure et, s’agissant de la procédure des Communes, c’est bien souvent les règles du régime parlementaire qu’elle fixe ; le système parlementaire des partis, la pratique des questions orales, les manquements aux priviléges de la Chambre des Communes relèvent ainsi du droit et des coutumes du Parlement. Comment le *Law and Custom of Parliament* est-il connu ? Parfois, il s’agit de règles coutumières dont l’observation est attestée par les registres des *clerks* ; parfois, la règle résulte de résolutions de la chambre ou de décisions du Speaker ; parfois, il s’agit de droit parlementaire n’ayant donné lieu à aucune résolution ou décision et c’est le cas des relations entre le Cabinet et l’opposition.

On se rapproche alors des conventions constitutionnelles, l’élément le plus caractéristique, à coup sûr, de la Constitution britannique. Elles ne diffèrent pas de la coutume telle qu’elle peut se développer en matière constitutionnelle, mais, comme, ici, les règles constitutionnelles n’ont aucune rigidité et n’ont même pas de forme particulière, les conventions de la Constitution ont pris une importance considérable. On peut dire sans exagération que tout le fonctionnement du régime parlementaire dépend de conventions de cet ordre. La plus frappante concerne le gouvernement de Cabinet lui-même et la possibilité pour le Cabinet d’exercer les pouvoirs de la Couronne pourvu qu’il ait la confiance des Communes ; la responsabilité politique du Cabinet aux Communes, l’obligation pour lui, s’il n’a plus la confiance des Communes, d’obtenir la dissolution du Parlement ou de démissionner, résultent aussi de conventions ; de même, des conventions constitutionnelles établissent l’opinion pour le Souverain de donner son assentiment à une loi dûment votée par le Parlement, l’impossibilité pour la Chambre des Lords de renverser le Cabinet et pour un Pair de devenir Premier Ministre, l’existence d’une opposition parlementaire, les pouvoirs du Premier Ministre et bien d’autres règles d’application constante. Établies sur la base de précédents reconnus comme obligatoires, les conventions se développent le plus souvent dans les domaines où il n’y a pas de *case law* et pas de législation ou une ou une législation insuffisante. Elles sont, a-t-on dit, la chair qui recouvre le squelette de la loi et assure la marche de la Constitution ; elles accordent l’application de la loi avec la théorie constitutionnelle dominante à l’époque.

Parfois, les conventions se développent contrairement au texte de la loi, sans que le Parlement juge nécessaire de modifier ce texte. Le droit légal, *law*, le droit strict, a un caractère obligatoire théorique et juridictionnellement sanctionné. Les conventions constitutionnelles, dont les cours n’assurent pas, à proprement parler, la sanction, et qui ne peuvent abroger le

droit strict, peuvent le compléter, en modifier l'interprétation, en paralyser les effets. [...] Parfois, ayant atteint un certain degré d'achèvement, la convention constitutionnelle est transformée en droit strict : le Parlement l'incorpore à une loi, lui donnant une précision qu'elle n'avait pas lorsqu'il fallait, auparavant, interpréter les précédents et en mesurer la force [...]. Ces conventions constitutionnelles, le professeur Dicey, qui, dès 1885¹, en avait signalé l'importance, affirmait volontiers que leur autorité se trouvait en partie dans l'opinion publique, mais surtout dans l'obligation où se trouverait le gouvernement qui les violerait, soit d'abandonner le pouvoir, soit de méconnaître certaines dispositions expresses de la loi. On retrouve ici l'importance du sens constitutionnel du peuple britannique, fait d'attachement aux règles du jeu parlementaire, et qui est indéniable et profond. La violation de règles reconnues, même si elles ne sont pas écrites, ou le simple fait de ne pas s'y conformer loyalement, soulèverait la réprobation générale.

La Constitution est importante, mais l'essentiel est la « constitution constitutionnelle » d'une nation qui, toute entière, veut le respect du *fair play* en politique et le maintien de principes et de pratiques, facilement modifiables en droit, mais politiquement intangibles aussi longtemps que l'opinion y adhère.

DOCUMENT n° 4. Cour Suprême du Royaume-Uni, jugement du 24 septembre 2019, affaire dite « Miller 2 » sur l'usage de la prérogative de prorogation du Parlement (annulation) – *R on the application of Miller (Appellant) v. The Prime Minister (Respondent), 2019, UKSC 41.*

« 38. In principle, if not always in practice, it is relatively straightforward to determine the limits of a statutory power, since the power is defined by the text of the statute. Since a prerogative power is not constituted by any document, determining its limits is less straightforward. Nevertheless, every prerogative power has its limits, and it is the function of the court to determine, when necessary, where they lie. Since the power is recognised by the common law, and has to be compatible with common law principles, those principles may illuminate where its boundaries lie. In particular, the boundaries of a prerogative power relating to the operation of Parliament are likely to be illuminated, and indeed determined, by the fundamental principles of our constitutional law.

39. Although the UK does not have a single document entitled "The Constitution", it nevertheless possesses a Constitution, established over the course of our history by common law, statutes, conventions and practices. Since it has not been codified, it has developed pragmatically, and remains sufficiently flexible to be capable of further development. Nevertheless, it includes numerous principles of law, which are enforceable by the courts in the same way as other legal principles. In giving them effect, the courts have the responsibility of upholding the values and principles of our constitution and making them effective. It is their particular responsibility to determine the legal limits of the powers conferred on each branch of government, and to decide whether any exercise of power has transgressed those limits. The courts cannot shirk that responsibility merely on the ground that the question raised is political in tone or context.

40. The legal principles of the constitution are not confined to statutory rules, but include constitutional principles developed by the common law. We have already given two examples of such principles, namely that the law of the land cannot be altered except by or in accordance with an Act of Parliament, and that the Government cannot search private premises without lawful authority. Many more examples could be given. Such principles are not confined to the protection of individual rights, but include principles concerning the conduct of public bodies and the relationships between them [...].

¹ Dans son ouvrage *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, 1885.

41. Two fundamental principles of our constitutional law are relevant to the present case. The first is the principle of Parliamentary sovereignty: that laws enacted by the Crown in Parliament are the supreme form of law in our legal system, with which everyone, including the Government, must comply.

The same question arises in relation to a second constitutional principle, that of Parliamentary accountability [...]. Ministers are accountable to Parliament through such mechanisms as their duty to answer Parliamentary questions and to appear before Parliamentary committees, and through Parliamentary scrutiny of the delegated legislation which ministers make. By these means, the policies of the executive are subjected to consideration by the representatives of the electorate, the executive is required to report, explain and defend its actions, and citizens are protected from the arbitrary exercise of executive power [...].

Let us remind ourselves of the foundations of our constitution. We live in a representative democracy. The House of Commons exists because the people have elected its members. The Government is not directly elected by the people (unlike the position in some other democracies). The Government exists because it has the confidence of the House of Commons. It has no democratic legitimacy other than that. This means that it is accountable to the House of Commons - and indeed to the House of Lords - for its actions, remembering always that the actual task of governing is for the executive and not for Parliament or the courts. The first question, therefore, is whether the Prime Minister's action had the effect of frustrating or preventing the constitutional role of Parliament in holding the Government to account ».

B. La conception américaine de la constitution

DOCUMENT n° 5. Thomas PAINE, *Rights of Men*, 1791, trad. fr. (*Les droits de l'homme*, Belin, 1987 : chap. IV : « Des constitutions », p 215-239.

« Il est évident que les hommes entendent des choses différentes et séparées, quand ils parlent de constitutions et de gouvernements, ou pourquoi se servent-ils de ces expressions distinctement et séparément ? Une constitution n'est pas l'acte du gouvernement, mais d'un peuple qui constitue un gouvernement ; et un gouvernement sans constitution est un pouvoir sans droit.

Tout pouvoir exercé sur une nation doit avoir eu un commencement. Il faut qu'il ait été délégué ou pris. Il n'y a pas de milieu. Tout pouvoir délégué est un dépôt, et tout pouvoir pris est une usurpation. Le temps ne change pas la nature de l'un ni de l'autre. [...] cette constitution servant non seulement d'autorité mais de loi, de contrôle au gouvernement ; elle devint la bible politique de l'Etat. [...] rien n'était plus commun, lorsqu'il s'élevait quelque débat sur le principe d'un bill, ou sur l'étendue d'aucune espèce d'autorité, que de voir les membres tirer leur constitution de leur poche, et lire le chapitre qui avait rapport à la matière en question [...].

Une constitution est la propriété d'une nation, et non pas de ceux qui administrent le gouvernement ; toutes les constitutions de l'Amérique sont déclarées établies sur l'autorité du peuple ; (De même en France) [...]. Dans les deux cas, une constitution est une chose antérieure au gouvernement, et qui en est bien différente.

En Angleterre, il n'est pas difficile de s'apercevoir que tout a une constitution, excepté la nation [...].

Quoique les différentes parties puissent se gêner les unes les autres, le pouvoir de la totalité de ces parties n'a point de bornes, et le seul droit qu'elles reconnaissent hors d'elles-mêmes, est celui de faire des pétitions. Où donc est la constitution, qui donne ou qui restreint le pouvoir ? Quoi qu'une partie d'un gouvernement soit élective, ce gouvernement n'en est pas moins un

despotisme, si les personnes ainsi élues possèdent après cela, comme le parlement, des pouvoirs illimités. [...] »

C. La conception révolutionnaire française de la constitution

DOCUMENT n° 6. Emmanuel SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers- état ?*, janvier 1789 (extrait du chap. V).

« Dans toute nation libre, et toute nation doit être libre, il n'y a qu'une manière de terminer les différends qui s'élèvent touchant la constitution. Ce n'est pas à des notables qu'il faut avoir recours, c'est à la nation elle-même. Si nous manquons de constitution, il faut en faire une ; la nation seule en a le droit [...].

Il s'agit de savoir ce qu'on doit entendre par la constitution politique d'une société et de remarquer ses justes rapports avec la nation elle-même.

Il est impossible de créer un corps pour une fin sans lui donner une organisation, des formes et des lois propres à lui faire remplir les fonctions auxquelles on a voulu le destiner. C'est ce qu'on appelle la constitution de ce corps. Il est évident qu'il ne peut pas exister sans elle. [...] A cette nécessité d'organiser le corps du gouvernement, si on veut qu'il existe ou qu'il agisse, il faut ajouter l'intérêt qu'a la nation à ce que le pouvoir public délégué ne puisse jamais devenir nuisible à ses commettants. [...]

Mais qu'on nous dise d'après quelles vues, d'après quel intérêt on aurait pu donner une constitution à la nation elle-même. La nation existe avant tout, elle est l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même. Avant elle et au-dessus d'elle, il n'y a que le droit naturel. Si nous voulons nous former une idée juste de la suite des lois positives, qui ne peuvent émaner que de sa volonté, nous voyons en première ligne les lois constitutionnelles, qui se divisent en deux parties : les unes règlent l'organisation et les fonctions du corps législatif ; les autres déterminent l'organisation et les fonctions des différents corps actifs. Ces lois constitutionnelles sont dites fondamentales non pas en ce sens qu'elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent par elles, ne peuvent point y toucher. Dans chaque partie, la Constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation. [...] C'est ainsi, et non autrement, que les lois constitutionnelles sont fondamentales ».

III. Les concepts de souplesse et de rigidité des dispositions constitutionnelles (écrites ou non)

DOCUMENT n° 7. James BRYCE, « Constitutions souples et constitutions rigides (1884) », trad. fr. T. Desmoulins et S. Dubiton, *Jus Politicum*, n° 11, 2013.

« La classification ancienne des Constitutions qui est parvenue jusqu'à nous est fondée sur la distinction entre le droit écrit et le droit non écrit, qui est elle-même une distinction mal formulée et qui prête à confusion [...]. Cette classification propose de ranger dans la catégorie des Constitutions écrites toutes ces Constitutions qui sont expressément exposées dans un document ou un ensemble de documents dotés d'une importance particulière ; de même, sont classées dans la catégorie des Constitutions non écrites, celles dont la naissance ne résulte pas d'un accord formel, mais de la pratique. [...]

Cependant, le choix de ces termes n'est pas totalement satisfaisant, bien que la distinction qu'ils visent à établir corresponde à une distinction tout à fait réelle. La ligne distinctive entre

les deux types de Constitution qu'ils essaient d'établir est une ligne qui n'est ni claire, ni nette, car dans toutes les Constitutions écrites il existe et il doit y exister, comme nous le verrons dans le présent essai, un élément de pratique non écrite ; [...] De surcroît, les Constitutions non écrites, bien qu'elles se soient formées à partir de coutumes, contiennent pourtant toujours des lois. En outre, ces noms, qui se fondent sur une distinction superficielle, ignorent une autre distinction proposée par le présent essai. Essayons donc de trouver une meilleure classification. [...]

Un tel critère pourrait être identifié dans la relation que chaque Constitution entretient avec les lois ordinaires de l'État et avec l'autorité ordinaire qui promulgue ces lois. Certaines Constitutions, y compris toutes celles qui appartiennent au type ancien ou de Common Law, sont au même niveau que toutes les autres lois du pays, qu'elles existent exclusivement sous la forme des lois ordinaires ou sous la forme de décisions enregistrées, définissant ou confirmant une coutume. Les Constitutions de ce type proviennent des mêmes autorités qui élaborent les lois ordinaires et elles sont promulguées ou abrogées de la même manière que ces lois ordinaires. Dans ce cas, le terme « Constitution » ne désigne rien de plus que toutes celles parmi des lois et des coutumes du pays qui déterminent également la forme et l'organisation de son système politique. Et (comme il apparaîtra plus bas), il est souvent difficile de dire d'une loi particulière si elle fait partie ou non de la constitution politique.

Les autres Constitutions, la plupart d'entre elles appartiennent au genre nouveau ou de droit écrit (*statutory class*), se situent au-dessus des autres lois du pays qu'elles régissent. Le (ou les) actes juridiques dans lesquels une telle constitution s'incarne, émanent d'une source distincte de celle des autres lois, sont abrogés d'une manière différente et possèdent une autorité supérieure à elles. Elle est adoptée, non par l'autorité législative ordinaire, mais par une personne ou un corps en quelque sorte supérieur ou spécialement habilité. Si elle est susceptible de changer, elle ne peut être modifiée que par cette autorité ou par cette personne spéciale ou ce corps spécial. Lorsque l'une de ses dispositions est en conflit avec une quelconque disposition de la loi ordinaire, elle prévaut et la loi ordinaire doit être écartée. Tels sont les critères, tantôt politiques, tantôt juridiques qui permettent de différencier ces deux types de Constitutions ; et malgré le fait que dans certains cas, la question de l'appartenance de la constitution d'un État particulier à l'une ou l'autre des catégories serait complexe, il reste que les critères juridiques applicables seront clairs et précis. Dans un État doté d'une Constitution du premier type - primitif -, toutes les lois (à l'exclusion bien évidemment des règlements, des arrêtés municipaux, etc.) sont du même niveau et exercent la même force. Il y a, par ailleurs, une seule autorité législative qui dispose de la compétence d'adopter des lois dans toutes matières et à toutes fins. En revanche, dans le cas d'une Constitution du deuxième type - moderne - on peut observer deux types de lois, l'un étant supérieur à l'autre, et disposant d'une autorité universelle (*and more universally potent*) ; et il existe également deux autorités législatives, la première est capable de légiférer à toutes fins utiles et la seconde, inférieure, est capable de légiférer seulement dans la mesure où l'autorité supérieure lui a donné le droit et la mission de le faire. [...]

Depuis plusieurs siècles, en Angleterre, il n'a existé qu'une autorité législative, autrement dit, le Parlement, qui est l'institution suprême et dont les actes disposent d'une force obligatoire pour tous les citoyens, partout dans le pays. En Angleterre, par conséquent, les lois dites constitutionnelles diffèrent de toutes les autres lois seulement à raison de leur contenu, mais n'appartiennent pas pour autant à un ordre supérieur. Chacune de ces lois, même si on a l'habitude d'appeler l'ensemble qu'elles forment « la Constitution britannique », est susceptible d'être modifiée par l'autorité législative ordinaire à tout moment, comme toutes les autres lois. En d'autres termes, il n'existe aucune différence que ce soit au niveau de la forme juridique ou du degré d'autorité entre une loi (*Act*) réglant la construction d'un chemin de fer de Manchester à Liverpool et une autre prolongeant le suffrage électoral à tous les

ménages ou une loi émancipant l’Église épiscopale Protestante en Irlande. Toutefois, le cas est différent en Suisse et en France. [...]

La Constitution actuelle de la République française fut édictée par les deux Chambres réunies et siégeant en Assemblée constituante et ne peut être révisée que par ces deux Chambres réunies à cette fin, après que chacune d’elles a décidé indépendamment de la nécessité de la révision, tandis que les lois ordinaires sont adoptées par les deux Chambres siégeant séparément. Il y a donc une distinction en Suisse comme en France quant à l’autorité qui édicte les normes, et quant à la qualité et la force des lois édictées, la loi appelée Constitution étant entièrement supérieure aux autres, adoptées par le corps législatif en session ordinaire.

Ce qui détermine dans le cas de chaque État du second type, moderne, l’autorité suprême compétente pour promulguer une constitution dépend des dispositions de chacun de ces systèmes. Cela peut être le peuple tout entier, s’exprimant à travers, ce qui est parfois maladroitement appelé, un plébiscite. Cela peut aussi être une assemblée spécialement élue à cet effet qui se dissout lorsque sa tâche est accomplie. Cela peut être aussi différentes assemblées locales, se prononçant chacune séparément sur le même acte juridique qui leur est soumis. Cela peut être, comme en France, le corps législatif ordinaire siégeant de manière particulière, requérant une majorité qualifiée, ou votant de manière concordante lors de plusieurs lectures successives à intervalles réguliers. Toutes ces questions sont d’importance mineure. Le point essentiel est qu’au sein d’États dotés de Constitutions modernes, cette loi suprême ou fondamentale, appelée Constitution, prévaut sur toutes les lois ordinaires et ne peut pas être modifiée par l’autorité législative ordinaire.

[...] Les Constitutions primitives pourraient être qualifiées de *flexibles* (*Flexible*), parce qu’elles ont une certaine élasticité, qu’elles peuvent être infléchies et changées dans leur forme tout en gardant leurs principales caractéristiques. Les Constitutions modernes ne le peuvent pas, car leurs dispositions sont fixes et figées. Par conséquent, elles pourraient être qualifiées de *constitutions rigides* (*Rigid constitutions*) ».

DOCUMENT n° 8. Exemples de différentes procédures de révision des constitutions formelles.

- Loi fondamentale sur la Constitution du Grand-Duché de Saxe-Weimar-Eisenach du 5 mai 1816 (§ 123).**

« *À cette loi fondamentale du Grand-Duché et à la constitution qu’elle établit, aucun changement ne sera apporté, sur aucun point, ni directement, ni indirectement, ni par abrogation, ni par adjonction, sans le commun accord du Prince et de la Diète du pays* ».

- Constitution du Royaume de Prusse du 31 janvier 1850 (§ 107).**

« *La Constitution peut être modifiée par la voie législative ordinaire. A cet égard, il suffit dans chaque Chambre de la majorité absolue, obtenue dans deux scrutins successifs, à vingt-et-un jours au moins d'intervalle* ».

- République française, Loi du 25 février 1875 relative à l’organisation des pouvoirs publics (Article 8).**

« *Les chambres auront le droit, par délibérations séparées prises dans chacune à la majorité absolue des voix, soit spontanément, soit sur la demande du président de la République, de déclarer qu'il y a lieu de réviser les lois constitutionnelles.*

Après que chacune des deux chambres aura pris cette résolution, elles se réuniront en Assemblée nationale pour procéder à la révision.

Les délibérations portant révision des lois constitutionnelles, en tout ou en partie, devront être prises à la majorité absolue des membres composant l'Assemblée nationale [...] ».

- **Loi fondamentale du Royaume des Pays-Bas du 17 février 1983 (Chapitre 8 : De la révision de la Constitution).**

Article 137.

1. La loi déclare qu'une modification de la Constitution, telle qu'elle la propose, sera prise en considération.
2. La Seconde Chambre peut, en se fondant ou non sur un projet déposé à cet effet par le Roi ou en son nom, diviser en plusieurs projets le projet d'une telle loi.
3. La Seconde Chambre est dissoute après la publication de la loi visée au paragraphe 1.
4. Après la réunion de la nouvelle Chambre, les deux Chambres examinent en seconde lecture le projet de modification visé au paragraphe 1. Elles ne peuvent l'adopter qu'aux deux tiers au moins des voix exprimées.
5. La Seconde Chambre peut, en se fondant ou non sur un projet déposé à cet effet par le Roi ou en son nom, et aux deux tiers au moins des voix exprimées, diviser en plusieurs projets un projet portant modification. [...]

Article 139. Les modifications de la Constitution adoptées par les Etats généraux et sanctionnées par le Roi entrent en vigueur immédiatement après leur publication.

- **Royaume de France, Constitution du 3 septembre 1791, Titre VII : De la révision des décrets constitutionnels.**

Article 1^{er}. L'Assemblée nationale 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 aurait fait sentir les inconvénients, décrète qu'il y sera procédé par une Assemblée de révision en la forme suivante.

Article 2. Lorsque trois législatures consécutives auront émis un vœu uniforme pour le changement de quelque article constitutionnel, il y aura lieu à la révision demandée.

Article 3. La prochaine législature et la suivante ne pourront proposer la réforme d'aucun article constitutionnel.

Article 4. Des trois législatures qui pourront par la suite proposer quelques changements, les deux premières ne s'occuperont de cet objet que dans les deux derniers mois de leur dernière session, et la troisième à la fin de sa première session annuelle, ou au commencement de la seconde.

Leurs délibérations sur cette matière seront soumises aux mêmes formes que les actes législatifs ; mais les décrets par lesquels elles auront émis leur vœu ne seront pas sujets à la sanction du roi.

Article 5. La quatrième législature, augmentée de deux cent quarante-neuf membres élus en chaque département, par doublement du nombre ordinaire qu'il fournit pour sa population, formera l'Assemblée de révision.

Ces deux cent quarante-neuf membres seront élus après que la nomination des représentants au corps législatif aura été terminée, et il en sera fait un procès-verbal séparé.

L'Assemblée de révision ne sera composée que d'une chambre.

Article 6. Les membres de la troisième législature qui aura demandé le changement, ne pourront être élus à l'Assemblée de révision.

Article 7. Les membres de l'Assemblée de révision, après avoir prononcé tous ensemble le serment de *vivre libres ou mourir*, prêteront individuellement celui de se borner à statuer sur

les objets qui leur auront été soumis par le vœu uniforme des trois législatures précédentes ; de maintenir, au surplus, de tout leur pouvoir la Constitution du royaume, décrétée par l'Assemblée nationale constituante, aux années 1789, 1790 et 1791, et d'être en tout fidèles à la nation, à la loi et au roi.

Article 8. L'Assemblée de révision sera tenue de s'occuper ensuite, et sans délai, des objets qui auront été soumis à son examen : aussitôt que son travail sera terminé, les deux cent quarante-neuf membres nommés en augmentation, se retireront sans pouvoir prendre part, en aucun cas, aux actes législatifs. [...]

Aucun des pouvoirs institués par la Constitution n'a le droit de la changer dans son ensemble ni dans ses parties, sauf les réformes qui pourront y être faites par la voie de la révision, conformément aux dispositions du titre VII ci-dessus.

L'Assemblée nationale constituante en remet le dépôt à la fidélité du corps législatif, du roi et des juges, à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français [...].

- **Electoral Act, 1993, New Zealand.** (*Pour un exemple original de rigidité partielle d'un texte constitutionnel*).

268 Restriction on amendment or repeal of certain provisions

(1) This section applies to the following provisions (hereinafter referred to as reserved provisions), namely, —

(a) section 17(1) of the Constitution Act 1986, relating to the term of Parliament:

[...]

(2) No reserved provision shall be repealed or amended unless the proposal for the amendment or repeal —

(a) is passed by a majority of 75% of all the members of the House of Representatives; or
(b) has been carried by a majority of the valid votes cast at a poll of the electors of the General and Maori electoral districts:

Constitution Act 1986, Section 17 Term of Parliament (*texte visé par l'Electoral Act de 1993*).

(1) The term of Parliament shall, unless Parliament is sooner dissolved, be 3 years from the day fixed for the return of the writs issued for the last preceding general election of members of the House of Representatives, and no longer.

- **Constitution espagnole du 27 décembre 1978.** (*Pour un exemple de rigidité « par degré » d'une constitution*).

Article 167

1. Les projets de réforme de la Constitution doivent être adoptés à la majorité des trois cinquièmes dans chaque chambre. À défaut d'accord entre les deux chambres, on tentera d'y parvenir par la création d'une commission paritaire de députés et de sénateurs, qui présentera un texte au vote du Congrès et du Sénat.

2. Si le texte n'est pas approuvé selon la procédure décrite au paragraphe précédent, et à condition que le texte ait obtenu un vote favorable du Sénat à la majorité absolue, le Congrès peut approuver la révision à la majorité des deux tiers.

3. La révision approuvée par les Cortès générales est soumise à ratification par référendum, à la demande du dixième des membres de l'une des deux chambres, présentée dans les quinze jours suivant son adoption.

Article 168

1. Si on propose la révision totale de la Constitution ou une révision partielle qui affecte le titre préliminaire, le chapitre second, section première, du titre premier ou le titre II, on procèdera à l'approbation du principe de la révision à la majorité des deux tiers de chaque chambre, et à la dissolution immédiate des Cortès.
2. Les chambres élues devront ratifier la décision et procéder à l'étude du nouveau texte de la Constitution, qui devra être adopté à la majorité des deux tiers des deux chambres.
3. La révision approuvée par les Cortès générales, sera soumise à ratification par référendum.

IV. Les limites du formalisme et la dynamique constitutionnelle

A. La nécessité de la concrétisation de la constitution formelle par d'autres textes

DOCUMENT n° 9. Paul PRADIER-FODERE, *Principes généraux de droit, de politique et de législation*, Paris, Guillaumin et c^{ie}, 1869, p. 63 et p. 207-208.

« On distingue parmi les lois positives, les lois fondamentales et les lois secondaires. [...] La *loi fondamentale* est celle qui fixe la distribution des pouvoirs dans un Etat. On la nomme encore *Constitution*. [...] Les lois secondaires sont celles qui règlent les détails. [...] Les constitutions ne contiennent, ordinairement, que des préceptes généraux, extrêmement larges, dont la rédaction, vague parfois, ferait naître dans l'application de nombreuses difficultés, si les lois secondaires, autrement dit organiques, ne venaient leur donner le mouvement et les développer. [...] [Les lois fondamentales] resteraient alors inappliquées, si des lois secondaires, qu'on appelle organiques, ne venaient leur donner le mouvement et les développer. [...] les lois organiques ont besoin à leur tour, d'être organisées elles-mêmes par des règlements (qui relèvent du pouvoir exécutif) ».

B. L'idée de « constitution vivante »

DOCUMENT n° 10. Raymond SALEILLES, *Y a-t-il vraiment une crise de la science politique ?*, 1903, p 41-42.

« [...] Il est certain (...) que, sur le terrain du mécanisme politique, la coutume est presque tout et que les textes écrits ne sont guère que la trame très légère sur laquelle travaille et fonctionne la force organisatrice et régulatrice qui met en œuvre la vie collective d'un pays. C'est par la coutume que s'est créée la constitution anglaise et qu'était en voie de se construire la constitution de l'ancienne France ; c'est par leurs déviations coutumières que se coordonnent et se règlent toutes les institutions de droit public établies par voie de constitution écrite dans les pays régis par une charte de ce genre. Et même dans les Etats où l'on paraît faire le plus large appel à l'interprétation littérale d'un texte exprès ou tacite, comme aux Etats-Unis, grâce au fonctionnement de l'exception d'inconstitutionnalité, on ne fait au contraire que créer une indépendance coutumière plus large et plus féconde, puisque c'est à la jurisprudence seule, sans autre contrôle ni contrepoids, qu'il appartient de délimiter le fonctionnement pratique des principes constitutionnels. [...]

De même que le mouvement se démontre en marchant, on peut dire, en matière de droit public, que le droit se crée en fonctionnant [...] ».

DOCUMENT n° 11. Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2015, p. 95-96.

« Sans doute, l'institution de l'Etat peut être fondée en outre sur les lois, et, dans les pays à constitution écrite, elle l'est certainement sur les lois constitutionnelles. Mais, de même que des institutions constitutionnelles ont existé en tant que coutumières avant d'exister en vertu des constitutions écrites, de même l'Etat a existé comme coutumier avant d'être consacré par les constitutions écrites. Même quand il possède une constitution écrite et tout un ordonnancement de lois organiques, l'Etat n'a-t-il pas encore besoin d'un consentement coutumier lui constituant une sorte de tréfonds juridique ? J'ai peine à croire qu'il puisse s'en passer. Les constitutions formelles, les lois écrites, sont des actes juridiques qui ne vivent que dans l'actuel. Combien de temps une constitution écrite reste-t-elle en vigueur et combien de temps dure une loi sur le mode de scrutin pour l'élection des députés ? Serait-il admissible que l'existence juridique de l'Etat ne fût consacrée que d'une façon aussi momentanée ou aussi discontinue ? Il faut donc convenir que les lois écrites et les lois organiques règlent d'une façon actuelle certains éléments de l'Etat, certaines organisations et certaines procédures, mais que l'institution de l'Etat, envisagée dans ses réalités profondes et dans ses équilibres fondamentaux, continue d'être consacrée juridiquement par un consentement coutumier, dans lequel baignent constitutions et lois organiques. D'ailleurs, les objets de ce consentement coutumier apparaissent sous le nom de principes constitutionnels. Il est rare que les principes soient consacrés par les constitutions et par les lois et il est certain qu'ils dominent constitutions et lois. Cela apparaît nettement dans les pays à contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Ce n'est pas au nom de la lettre de la constitution que les déclarations d'inconstitutionnalité sont prononcées ; pratiquement, c'est presque toujours au nom des principes dominant la constitution, et qui constituent une véritable légitimité constitutionnelle. C'est à ces principes fondamentaux, et non pas aux détails d'organisation, que s'attache le consentement coutumier des sujets. Ainsi, même dans les Etats les plus modernes et les mieux pourvus de législation écrite, il subsiste un noyau coutumier. Et cela est plein de signification. Les éléments coutumiers sont placés sous le signe de la durée ; tout ce qui est contenu dans des lois écrites, constitutionnelles ou autres, est placé, au contraire, sous le signe du momentané et de l'actuel. Or, il ne se peut pas que l'Etat, la plus perfectionnée des institutions que l'ordre social ait créées pour s'assurer de la durée, ne soit pas lui-même placé sous le signe de la durée ».

DOCUMENT n° 12. James BRYCE, *La république américaine (The American Commonwealth, 1888)*, trad. fr. 1900 (extraits).

« Une constitution peut être modifiée moins fréquemment ou moins aisément qu'une autre, mais une constitution absolument à l'abri du changement est une impossibilité. [...] On ne peut pas faire une constitution qui ne soit pas susceptible de changements, parce que, si elle l'était, elle cesserait de s'adapter aux conditions parmi lesquelles elle doit fonctionner, c'est-à-dire aux forces vives qui dirigent la politique. N'étant pas adaptée, elle serait faible [...] ; étant faible, elle serait bientôt renversée. [...] »

L'examen historique justifie cette attente. La Constitution des Etats-Unis, bien que rigide, a changé, s'est développée. Elle s'est développée de trois manières [...].

Elle a été modifiée par Amendement. [...]. Cette méthode nécessite peu d'explications, parce qu'elle est franche et directe. [...]

Elle a été développée par Interprétation, cela veut dire par le déploiement du sens implicitement contenu dans ses termes nécessairement brefs ; ou par l'extension de ses dispositions à des cas qu'elle ne visait pas directement, mais auxquels on doit considérer que s'applique leur esprit général.

Elle a été développée par l'usage, c'est-à-dire par l'établissement de règles qui ne contredisent pas ses dispositions expresses, mais leur donnent un caractère, un effet et une direction qu'isolées elle n'auraient pas, et qui modifient matériellement leur fonctionnement. Ces règles prennent quelquefois la forme de statuts votés par le Congrès et abrogés par lui. Quelquefois, elles restent au degré de simples convention ou accord sans autorité légale, mais que tout le monde reconnaît et accepte. [...] »

V. Une définition synthétique de la constitution : l'idée d'ordre constitutionnel

DOCUMENT n° 13. Henry SAINT JOHN BOLINGBROKE (1678-1751), *Dissertation sur les partis politiques (A Dissertation upon parties)*, 1733 (Lettre 10, extraits).

« *Par constitution, on entend, à proprement parler, cet assemblage de lois, d'institutions et de coutumes, dérivées de certains principes fixes de la raison, dirigés vers certains objectifs fixes du bien public, qui composent le système général, selon lequel la communauté a consenti à être gouvernée. Par Gouvernement, on entend [...] cette ligne particulière de conduite qu'un magistrat en chef, et, sous sa direction et son influence, les magistrats inférieurs, adoptent dans l'administration des affaires publiques. Nous appelons cela un bon gouvernement, quand l'exécution des lois, l'observation des institutions et des coutumes, en bref, toute l'administration des affaires publiques, est poursuivie avec sagesse, et dans une stricte conformité avec les principes et les objets de la constitution* ».