



Pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé: à propos de l'émergence d'une distinction conceptuelle

Arnaud Le Pillouer

► To cite this version:

Arnaud Le Pillouer. Pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé: à propos de l'émergence d'une distinction conceptuelle . Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique, A paraître, pp.123-141. <hal-01662209>

HAL Id: hal-01662209

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01662209>

Submitted on 12 Dec 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE ET POUVOIR CONSTITUANT DÉRIVÉ: À PROPOS DE L'ÉMERGENCE D'UNE DISTINCTION CONCEPTUELLE

Arnaud Le Pillouer

Lune des manières les plus intéressantes et les plus profitables d'aborder le droit consiste sans doute à faire l'histoire de ses concepts- qu'il s'agisse d'ailleurs de concepts tirés du droit positif lui-même ou de concepts forgés par la doctrine pour en rendre compte. Il nous semble cependant que, pour remplir son office, cette histoire ne devrait pas tant chercher à identifier l'inventeur du concept en cause (que ce soit un auteur de doctrine, un juge ou un législateur), que s'employer à déterminer le *contexte* de son apparition. Cela tient au fait que le discours juridique- y compris le discours doctrinal- tend, pour faire court, à « former système » ; aussi, lorsqu'un problème apparaît que ce système conceptuel ne permet pas de résoudre, le droit positif ou la doctrine peuvent être amenés à inventer un nouveau concept à même d'y parvenir. Dès lors, chercher à identifier les conditions dans lesquelles un concept juridique est apparu peut aider à mettre en évidence les raisons (proprement juridiques) de son émergence: on aura ainsi déterminé la fonction que ce concept remplit (ou a rempli) dans le discours juridique.

Nous voudrions ici appliquer ce programme théorique non à un concept, mais à une distinction conceptuelle: celle que l'on opère entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé. Il convient de remarquer que cette distinction paraît de prime abord *essentiellement* doctrinale. Elle oppose traditionnellement un pouvoir constituant réglé par des normes constitutionnelles à un pouvoir constituant agissant en dehors de toute norme constitutionnelle¹. Pat

¹ Selon le doyen Bonnard lui-même, qui le premier a employé cette distinction terminologique (cf. *infra*), «le pouvoir constituant institué est celui qui existe en vertu d'une constitution et qui a été établi pour venir, le cas échéant, réviser cette constitution. Ainsi ce pouvoir suppose une constitution en vigueur, à la différence du pouvoir constituant originaire qui existe en dehors de toute constitution » (Roger BONNARD : *Les Actes constitutionnels de 1940*, Paris, LGDJ, 1942, p. 17). Olivier BEAUD résume quant à lui cette opposition en ces termes: «le pouvoir constituant originaire n'est régi par aucune constitution, tandis que le pouvoir constituant dérivé est subordonné à la constitution en vigueur. Le premier serait donc un pouvoir inconditionné et absolu, le second un pouvoir constitutionnel, c'est-à-dire habilité et donc limité» (O. BEAUD: *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, «Léviathan», 1994, p. 314).

conséquent, seule la doctrine paraît pouvoir distinguer entre ces deux types de pouvoirs constituants: il semble en effet qu'il ne puisse s'agir d'une distinction opérée par le droit positif lui-même, puisque, par définition, si un ordre juridique envisageait, organisait, réglait le pouvoir constituant originaire, celui-ci ne pourrait plus être dit «originaire».

De fait, l'opposition terminologique entre un pouvoir constituant « originaire» et un pouvoir constituant« institué» (qui ne deviendra« dérivé» que plus tardivement) a bien été « canonisée »² par un professeur de droit -en l'occurrence le doyen Bonnard, dans son ouvrage consacré aux« Actes constitutionnels » de 1940. Mais si l'on s'intéresse à la distinction *conceptuelle*, et non seulement aux mots qui la désignent, on doit constater qu'elle est apparue bien avant le doyen Bonnard. [opposition entre un pouvoir constituant agissant en dehors de toute norme constitutionnelle et un pouvoir constituant agissant en vertu d'une norme constitutionnelle, faisait en effet déjà l'objet de longs développements par exemple dans la thèse de Georges Burdeau³, mais aussi chez Carré de Malberg⁴ : cette distinction était alors souvent désignée comme l'opposition entre le pouvoir constituant proprement dit et le pouvoir de révision constitutionnelle, mais, du point de vue strictement *conceptuel* elle n'était pas différente.

En vérité, si l'on s'en tient à cette définition (et non à la terminologie), l'origine de cette distinction doit être recherchée bien plus loin encore dans l'histoire constitutionnelle française. La présente étude voudrait être la démonstration de l'hypothèse suivante : cette distinction conceptuelle, pourtant si apparemment doctrinale, serait le fait non d'un représentant de la doctrine, mais d'un organe *politique*, l'Assemblée constituante de 1789. Ainsi, d'abord consacrée par le droit positif, elle n'aurait été que par la suite reprise à son compte par la doctrine française, puis étrangère. Les conditions de l'émergence de cette distinction confirmer par ailleurs ce qui a été dit plus haut à propos de l'apparition des concepts: c'est bien pour répondre à un problème nouveau que cette distinction a été introduite. Avant cette introduction, l'Assemblée concevait le «pouvoir constituant» de manière unitaire, et elle s'est de ce fait trouvée confrontée à un problème justificatif majeur, lorsqu'à la fin du mois d'août 1791, elle a corn-

² Selon l'expression utilisée par Olivier BEAUD: *La puissance de l'État*, op. cit., p. 314.

³ Georges BURDEAU: *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français*, th. Droit Paris, Mâcon, J. Buguet-Comptour imprimeur, 1930, notamment pp. XIII et s. de l'Introduction.

⁴ Raymond CARRÉ DE MALBERG: *Contribution à une théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Paris, Recueil Sirey, t. II, 1922, p. 495 et s.

mencé à débattre de la question du mode de révision des décrets constitutionnels. C'est ce problème justificatif auquel l'Assemblée a été confrontée qu'il convient d'abord de mettre en évidence (I), avant de montrer comment l'idée d'une dualité du «pouvoir constituant» lui a permis de résoudre cette difficulté (II).

1. L'unité du pouvoir constituant et le problème de la révision constitutionnelle en 1791

La question de la procédure de révision constitutionnelle a posé à l'Assemblée constituante des problèmes tout à fait spécifiques : organiser le futur pouvoir constituant signifiait en effet indirectement aborder son propre pouvoir. L'Assemblée étant ainsi confrontée à elle-même (A), les premières solutions qu'elle adopte (en particulier quant à la date de la prochaine assemblée de révision) sont révélatrices de son embarras (B).

A) *La nature du problème: l'Assemblée face à elle-même*

Le rapport présenté par Le Chapelier au nom des comités de révision et de constitution qui ouvre la discussion le 29 août 1791⁵ est révélateur de l'objectif politique fondamental de la Constituante en cette fin de mandat: terminer la révolution. Aussi s'agit-il essentiellement pour elle de réduire autant qu'il est en son pouvoir la possibilité de futurs bouleversements institutionnels⁶. Le projet présenté à la suite du rapport Le Chapelier réalise cet objectif sous deux aspects, que l'on retrouvera tout au long des débats : d'une part, il fixe la date à laquelle les modifications de la constitution pourront avoir lieu (une assemblée de révision est prévue pour le 1er juin 1800); d'autre part, il limite les objets dont cette assemblée pourra s'occuper, par le biais d'une procédure très complexe associant les citoyens, le Corps législatif et le Roi.

Cette volonté de limiter nettement l'exercice futur du pouvoir constituant se heurte cependant à une difficulté importante, d'ordre justificatif: sous les

⁵ Séance du 29 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 35.

⁶ Le Chapelier indique par exemple dans son rapport (Séance du 29 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 35) qu'« à l'annonce d'une Assemblée constituante qui pourrait changer en entier la Constitution, le crédit public serait anéanti, le commerce s'arrêterait dans toutes ses opérations, le numéraire se resserrerait (etc ...) ». Le souci de l'Assemblée est surtout, au début du moins, d'éviter que ne survienne un bouleversement institutionnel trop rapide. D'André exprime ainsi le sentiment général lorsqu'il explique à ses collègues, le 30 août 1791 (*Archives parlementaires*, t. 30, p. 65) qu'il « est absolument nécessaire, si vous voulez que le calme se rétablisse (...), il est nécessaire qu'au moins pendant un certain temps, on ne puisse rien changer à la Constitution ».

deux aspects sus-mentionnés, réalisés par le projet (fixation de la date⁷ et fixation de l'objet⁸ de la prochaine révision), elle semble violer le principe de la souveraineté constituante de la nation, selon lequel celle-ci a toujours le droit de modifier sa constitution⁹. Or, ceci est un principe fondamental pour l'assemblée, au sens propre du terme : il est littéralement au fondement de son propre pouvoir. C'est en son nom qu'elle a refusé lors de ses premières séances de se soumettre aux formes «constitutionnelles» issues de l'Ancien Régime (dont, notamment, la délibération séparée des ordres). Cargument de Sieyès était à cet égard imparable: il est impossible que la nation soit, dans l'exercice de son pouvoir constituant, soumise à des formes constitutionnelles, notamment parce qu'il suffirait alors que le despotisme s'installe une seule fois, pour qu'il le soit à jamais¹⁰. Aussi l'Assemblée nationale ne peut-elle que recon-

⁷ Regnaud (de Saint-Jean-d'Angély) demandera à la fin du débat la question préalable sur toutes les propositions prévoyant la fixation d'un délai avant lequel aucune assemblée de révision ne pourrait se réunir, comme attentatoires « à la souveraineté nationale » (Séance du 30 août, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 70). Salle lui-même, en plaidant pourtant pour un délai de 20 ans, admettait (Séance du 31 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 108) que sa solution « paraissait contraire aux principes ».

⁸ Pétition critique le projet des comités dès le 29 août 1791, en soulignant (Séance du 29 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 51) qu'« il ne suffit pas de dire que la nation est souveraine, que tous les pouvoirs émanent d'elle; il faut que cette vérité ne soit pas réduite à une simple théorie; ce qui, dans le plan que nous venons de combattre, ne manquerait pas d'arriver ». Camus se place, lui, d'un point de vue plus pragmatique, pour critiquer le plan des comités (Séance du 30 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 62) : « Je vois, dans le projet du comité, des règles de conduite tracées aux conventions nationales. Croyez-vous que des assemblées aussi puissantes se laisseront imposer des règles? Le despote le plus absolu, Louis XIV, fit un testament dans lequel il croyait qu'on exécuterait toutes ses volontés: mais à peine fut-il mort, que le testament fut oublié. Ne nous exposons pas à un pareil danger, et ne traçons pas de règles de conduite à des Assemblées qui sont au-dessus même de la Constitution ».

⁹ C'est Frochot qui fournit la meilleure formulation de cette contradiction (Séance du 31 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 95) : « Messieurs, le législateur satisfait d'avoir constitué un grand peuple et donné des lois à son pays, croirait en vain que sa tâche est remplie. Il n'a rien fait si le caprice ou l'ambition des hommes peuvent à chaque instant menacer et détruire son ouvrage. Il n'a rien fait encore, si l'égide immuable de la raison ne protège pas, contre le délire de l'inconstance, les institutions qu'il a formées; si, enfin, il ne leur a pas attaché la garantie sacrée du temps. Mais aussi, Messieurs, les droits des nations ont été proclamés en vain, si l'on ne reconnaît pas ce principe: qu'au peuple appartient le pouvoir de rectifier, de modifier sa Constitution, de la détruire même, de changer la forme de son gouvernement, et d'en créer une autre ».

¹⁰ La démonstration de Sieyès mérite d'être citée intégralement: «Dira-t-on qu'une nation peut, par un premier acte de sa volonté, à la vérité indépendant de toute forme, s'engager à ne plus vouloir à l'avenir que d'une manière déterminée? D'abord, une nation ne peut ni aliéner, ni s'interdire le droit de vouloir; et quelle que soit sa volonté, elle ne peut pas perdre le droit de la changer dès que son intérêt l'exige. En second lieu, envers qui cette nation se serait-elle engagée? Je conçois comment elle peut obliger ses membres, ses mandataires, et tout ce qui lui appartient; mais peut-elle, en aucun sens, s'imposer des devoirs envers elle-même? Qu'est-ce qu'un contrat avec soi-même? Les deux termes étant la même volonté, elle peut toujours se dégager du prétendu engagement. Quand elle le pourrait, une nation ne doit pas se mettre dans les entraves d'une forme positive. Ce serait s'exposer à perdre sa liberté sans retour, car il ne faudrait qu'un moment de succès à la tyrannie, pour dévouer les peuples, sous prétexte de constitution, à une forme telle, qu'il ne leur serait plus possible d'exprimer leur volonté, et par conséquent de secouer les chaînes du despotisme » (Emmanuel SIEYÈS : *Qu'est-ce que le Tiers-État?* Paris, PUF, «Quadrige», 2^e éd., 1989, p. 69).

naître un principe qui est au fondement de son propre pouvoir- mais celui-ci entre en contradiction avec sa volonté politique de limiter, précisément, le pouvoir constituant de la nation.

L'histoire de la résolution de ce problème justificatif¹ est l'histoire de l'apparition de la distinction conceptuelle qui nous intéresse, et il convient donc d'en suivre le fil. Le premier problème abordé par l'Assemblée est celui de la fixation de la date de la prochaine assemblée de révision, et elle le fait en des termes qui dénotent sa conception, à cette date unitaire, du pouvoir constituant.

B) Les manifestations du problème: la question de la limite temporelle

Le député d'André, qui jouera un rôle capital dans ces débats, s'empare très vite de la question¹² et critique fortement les deux principaux systèmes qui ont été avancés jusque-là: celui, d'une part, de conventions réunies périodiquement (proposé par Pétion¹³) et celui, d'autre part, de la convocation d'une convention à une date déterminée (proposé par les comités)¹⁴. Pour d'André, le seul système possible est celui selon lequel une convention est convoquée non pas automatiquement, mais uniquement si le besoin s'en fait sentir: il s'agit pour lui d'attribuer aux organes constitutionnels le droit d'apprécier l'opportunité d'une telle convocation. Cependant, précise-t-il, dire que la convention doit être convoquée non à une date déterminée mais seulement lorsque le besoin s'en fait sentir n'implique pas que l'on admette sa convocation prochaine (rappelons qu'il s'agit-là de la préoccupation majeure de l'assemblée). Il est très possible, explique-t-il, de prévoir qu'aucune convention ne puisse être convoquée par les organes constitutionnels avant un

¹¹ Plusieurs députés insisteront sur le fait qu'il s'agit là du principal problème que l'Assemblée a à résoudre. Dès son rapport, Le Chapelier avait relevé (Séance du 29 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 35) : « En méditant sur cet objet, on aperçoit et plusieurs principes dont on ne peut pas s'écarter, et plusieurs dangers qu'il faut éviter ». Frochet dira, plus tard (Séance du 31 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 95), à peu près la même chose : « Dès en abordant la question, vous apercevez donc, Messieurs, d'une part un grand principe à respecter; de l'autre, de grandes erreurs à prévenir dans son application ». Le principe est celui de la souveraineté constituante de la nation ; quant au danger et aux erreurs auxquels ces députés font allusion, ils consistent bien entendu dans une application trop stricte du principe, c'est-à-dire dans l'adoption d'une procédure de révision constitutionnelle trop aisée.

¹² Séance du 30 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, pp. 62-63.

¹³ Séance du 29 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 44 et s.

¹⁴ D'André objecte au premier système qu'il est en réalité impossible de prévoir une périodicité, car si la convention nationale peut tout réformer, elle pourra aussi changer cette périodicité, et tout sera anéanti ; que, surtout, quand bien même cette périodicité serait respectée, elle provoquerait le chaos à intervalles réguliers. En ce qui concerne le second système (convocation à une date déterminée), d'André explique notamment qu'il est irrecevable, car de deux choses l'une: soit la Constitution est bonne, et alors, le délai (quel qu'il soit) est trop court; soit elle est mauvaise et il est trop long.

certain délai. L'Assemblée suivra son opinion¹⁵ : elle vote la question préalable sur les systèmes de convocation à date prédéterminée¹⁶ et commence à discuter de la date avant laquelle une convention ne pourra se réunir.

Cette discussion sera toutefois plus longue et plus difficile que prévu. Car les deux autres systèmes avaient le mérite de masquer (relativement, certes) l'interdiction faite à la nation de changer sa constitution pendant un certain délai : en prévoyant la réunion de tels organes (soit périodiquement, soit à date fixe), l'Assemblée semblait seulement organiser *positivement* ce droit, sans reculer devant l'éventualité d'un changement futur de constitution. En revanche, en adoptant la proposition du député d'André, l'Assemblée s'expose à la critique: en admettant la possible convocation d'une convention par certains organes, mais en voulant éviter une convocation trop prochaine, elle est forcée d'interdire, d'une manière ou d'une autre, à ces organes, et par conséquent à la nation qu'ils représentent, d'utiliser le droit qu'elle est en train de lui reconnaître.

Dès lors, le système que l'Assemblée s'appête à adopter apparaît davantage encore comme une violation manifeste du principe selon lequel la nation a toujours le droit de modifier sa constitution¹⁷ et plusieurs députés le rappellent avec force¹⁸. Les ennemis de la Constitution, expliquent-ils, pourraient s'emparer de ce décret pour prouver que l'Assemblée viole absolument les droits de la nation¹⁹. Malgré ces critiques, l'Assemblée maintient sa position et adopte même un terme fort long (30 ans), avant lequel aucune révision ne

¹⁵ Le rapporteur Le Chapelier lui-même abandonne la défense du système proposé par les comités et se range à l'opinion de d'André (Séance du 30 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 63).

¹⁶ Séance du 30 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 64.

¹⁷ C'est bien du reste ce que reconnaît d'André lui-même: afin de convaincre ses collègues que 30 ans seraient plus raisonnables que les délais plus courts proposés par certains d'entre eux, il explique en substance que si son délai est attentatoire à la souveraineté constituante de la nation, il en va de même des autres, même plus brefs. Il reconnaît le principe que « la nation peut se reconstituer quand bon lui semblera », mais demande: « s'ensuit-il de là que nous ayons le droit de fixer à 10 plutôt qu'à 30 ans ? Je ne le crois pas ; car si nous ne pouvons pas fixer à 30, nous ne pouvons pas fixer à 10 » (Séance du 30 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 69).

¹⁸ La Fayette s'exprime ainsi (Séance du 30 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 70), après avoir demandé la question préalable sur la motion de d'André: « Je pense, Messieurs, que la même Assemblée qui a reconnu la souveraineté du peuple français, qui a reconnu le droit qu'il avait de se donner un gouvernement, ne peut méconnaître le droit qu'il a de le modifier; je pense que la Constitution doit(...) offrir des moyens constitutionnels et paisibles de revoir et de modifier la forme du gouvernement; je pense qu'il serait attentatoire à ce droit souverain du peuple français d'adopter une proposition qui l'en prive absolument pendant 30 ans, c'est-à-dire Rendant une génération tout entière ».

Ainsi Tronchet souligne-t-il (Séance du 30 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 71) que sa seule crainte, relativement au projet d'André, est que « ceux mêmes que vous voulez contenir pendant 30 ans, ne se servissent de votre décret pour exciter des mouvements dans la nation. (...) Les contre-révolutionnaires inonderont la nation d'écrits incendiaires, où ils diront, avec une grande apparence de raison, que vous attaquez essentiellement le droit de la nation par votre décret ».

sera possible. Elle adopte cependant, sur la proposition de Tronchet, une rédaction qui semble adoucir l'interdiction qu'elle profère et tenter une conciliation avec le principe qu'elle enfreint. Le décret adopté⁰ est le suivant : « La nation a le droit imprescriptible de revoir sa Constitution quand il lui plaît ; mais l'Assemblée nationale déclare qu'il est de l'intérêt de la nation de suspendre l'exercice de ce droit pendant trente ans ».

La conciliation joue ici sur deux plans différents :

- a) Elle s'opère en premier lieu sur le contenu de l'interdiction : est réalisée une distinction (classique à cette époque) entre la jouissance et l'exercice d'un droit. Le droit n'est pas retiré à la nation pendant 30 ans, c'est seulement son *exercice* qui doit être suspendu dans l'intérêt même de la nation, qui en conserve cependant la jouissance (comme d'autres droits doivent, dans son intérêt, être confiés à des représentants). En réalité, l'argument n'est pas très probant : il peut justifier que *l'exercice* du pouvoir constituant soit confié à des représentants (et ce sera le cas), mais il justifie difficilement que ces représentants ne puissent faire usage de ce droit durant un certain délai dans l'intérêt de la nation : n'est-ce pas en effet, selon le système représentatif même, aux organes qui la représentent de déterminer quel est l'intérêt de la nation?
- b) C'est pourquoi la conciliation s'opère également sur la forme que revêt cette interdiction : les députés prétendent ne donner ainsi qu'un conseil¹ à la nation, celui de suspendre, dans son propre intérêt, l'exercice de son droit pendant 30 ans. Il ne s'agit donc pas d'une interdiction, mais d'une simple recommandation. La formule est toutefois bien ambiguë. On peut penser aujourd'hui que l'atténuation de l'interdiction ne change rien au fait, et que les modalités prévues pour la convocation de l'Assemblée n'auraient probablement pas pu être mises en œuvre avant trente ans. Mais à l'époque, on ne le ressent semble-t-il pas ainsi. Le Chapelier dès le 30 août²² et

²⁰ Séance du 30 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 71.

²¹ L'idée est formulée par Muguet de Nanthou (Séance du 30 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 70-71): « Certes, Messieurs, c'est un principe incontestable et généralement reconnu, que rien ne peut limiter la puissance souveraine de la nation, et qu'elle peut exercer ses droits quand et comme elle le veut; mais, lorsque, pour son intérêt, vous déterminez une époque, ce ne sont pas des limites que vous mettez à sa volonté route-puissante, c'est un conseil que vous lui donnez, une invitation que vous lui faites, afin qu'elle ne soit pas dans un état continuel de révolution ».

²² Le Chapelier indique, immédiatement après l'adoption de cette rédaction : « Avec le décret que vous venez de rendre, vous pouvez avoir une Convention nationale l'année prochaine » (Séance du 30 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 71).

d'André le lendemain²³ semblent considérer que leurs collègues, en votant ce texte, les ont désavoués. Qu'ils admettent ainsi leur défaite n'est toutefois guère surprenant: prétendre que l'Assemblée, en adoptant ce décret, a autorisé la convocation d'une constituante pour l'année prochaine, leur permet de plaider ensuite pour des modalités très sévères de convocation, dans la deuxième phase de la discussion qui s'annonce. C'est au cours de celle-ci que l'idée d'une dualité du pouvoir constituant apparaîtra.

II. La dualité du pouvoir constituant et la solution du problème de la révision constitutionnelle en 1791

La distinction conceptuelle entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé apparaît au cours de la discussion relative aux pouvoirs qu'il conviendrait de confier aux éventuels futurs corps constituants (A). On verra qu'elle permet de résoudre magistralement le problème justificatif qui se posait à l'Assemblée (B).

A) *L'apparition de la distinction*

Une fois le problème de la date réglé, se pose, selon les termes mêmes de la motion d'ordre formulée par d'André, la question de savoir «<quelle sera la manière de revoir et de refaire >> la constitution. Le discours et le projet de décret de Frochot²⁴ font à cet égard une grande impression sur l'Assemblée, et le système qui sera finalement retenu dans la Constitution (au titre VII) en reprendra les grands traits : proposition de révision par trois législatures successives, révision par une législature augmentée de 249 députés, qui se retirent dès la fin de l'examen des quelques articles (prédéterminés) qui leur ont été soumis.

En définitive, si l'on excepte quelques différences de détail, ce qui sépare radicalement le projet Frochot du système finalement adopté, c'est la question de l'étendue des pouvoirs qu'il conviendrait de confier aux futures assemblées de révision. Deux grandes opinions avaient été avancées au cours des précédents débats : certains, comme les comités, soutenaient qu'il fallait ne leur

²³ D'André s'exprime en effet ainsi (Séance du 31 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 93) : «Je prie ensuite les opinants de se convaincre que depuis que l'Assemblée a rejeté la proposition que je lui avais faite de fixer un terme prohibitif avant lequel il ne pût pas y avoir de convention, il est plus que jamais nécessaire de prendre des précautions pour que les Conventions nationales ne soient pas trop faciles à obtenir".

²⁴ Séance du 31 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 95 et s.

confier que le pouvoir de réformer les articles soumis à leur examen selon une certaine procédure (et leur interdire, par conséquent, de s'emparer d'autres parties de la Constitution)²⁵. D'autres, comme d'André, soutenaient qu'il était à la fois inadéquat, impossible et illégitime de limiter ainsi les pouvoirs d'assemblées constituantes²⁶. Frochot adopte dans son plan une position intermédiaire : pour lui, la réformation, la modification, la révision de la Constitution doit être très nettement distinguée du droit de changer de Constitution. La conséquence qu'il tire de cette différence de nature entre ces opérations, est qu'il n'est pas nécessaire, comme certains le prétendent, de confier à une Assemblée de révision le pouvoir de tout bouleverser. Le peuple peut choisir de ne confier à une assemblée que le soin de réformer sa Constitution sur quelques articles déterminés²⁷. Dans ce cas, il propose d'appeler cette assemblée une « convention nationale ». Toutefois, si le peuple veut confier à une assemblée l'intégralité du pouvoir constituant, il peut le faire (mais il doit le décider explicitement) : il s'agira alors de ce que Frochot appelle un « corps constituant », corps dont la convocation obéit à une procédure différente de celle prévue pour les simples « conventions nationales » et qui aura alors le pouvoir de changer (totalement) de constitution²⁸.

C'est l'insistance de Frochot sur la différence de nature qui sépare, selon lui, l'acte de réformer la constitution et l'acte de changer de constitution²⁹, qui ouvre la voie à l'émergence de la distinction entre pouvoir constituant original et pouvoir constituant dérivé : d'André puis Barnave franchiront le pas.

S'exprimant le premier, d'André critique le plan de Frochot précisément en ce qu'il prévoit des formes pour un changement total de Constitution : cela, ainsi qu'il l'explique à ses collègues, « n'est pas ce que nous devons ni ce que nous pouvons prévoir. Nous ne pouvons pas donner un mode pour changer la

²⁵ Séance du 29 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 36.

²⁶ Inadéquat, parce que l'on ne peut réformer un article isolément, car cela peut déséquilibrer la machine constitutionnelle dans son ensemble (celle-ci doit donc toujours être considérée de manière globale) ; impossible, parce que des assemblées investies du pouvoir constituant pourraient, par nature, tout faire, y compris se défaire des chaînes qu'on entendrait leur imposer ; illégitime, parce qu'il serait attentatoire à la souveraineté de la nation que de vouloir les limiter (Séance du 30 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 68 et s.).

²⁷ Une position absolument contraire avait été précédemment défendue par Pétion, qui déclarait (Séance du 29 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 45) : « J'ai entendu distinguer les Conventions destinées à faire une Constitution de celles dont le but était de modifier une Constitution déjà faite ; cette distinction est une erreur et une pure subtilité. Dans la puissance de changer et de réformer, se trouve nécessairement comprise celle de faire ; ou pour mieux dire, ces deux pouvoirs sont inséparables dans leur action et dans leurs effets ».

²⁸ C (la section IV du plan de Frochot (Séance du 31 août 1791 (*Archives parlementaires*, t. 30, p. 103).

²⁹ Il consacre à cette démonstration de très longs développements, lors de la séance du 31 août 1791 (*Archives parlementaires*, t. 30, p. 97 à 99 notamment).

Constitution (...). Ce point-là doit être étranger à notre objet. Nous avons à examiner dans ce moment, quelle est la forme d'après laquelle seront demandés les changements et les modifications à la Constitution ; quelle est la forme d'après laquelle sera connu le vœu général pour ces changements. Voilà le seul objet dont nous devons nous occuper »³⁰. Barnave se contentera de reprendre cette idée pour la développer et lui donner une certaine dimension théorique : «Le pouvoir constituant est un effet de la pleine souveraineté, explique-t-il. Le peuple nous l'a transmis pour une fois ; il s'est momentanément dépouillé de sa souveraineté pour l'acte qu'il nous a chargés de faire pour lui ; mais il n'a ni entendu, ni pu entendre nous confier sa souveraineté pour limiter, pour indiquer ou provoquer après nous, des autres actes de souveraineté de la même étendue *et de la même nature*. De notre part, indiquer, provoquer, limiter un autre pouvoir constituant, c'est évidemment empiéter sur la souveraineté du peuple. Il ne peut le faire que de sa volonté propre et de son mouvement spontané ; car quand nous dirions : dans 30 ans, le peuple pourra élire une Assemblée constituante, le peuple pourrait, dans 10 ans, la vouloir ; quand nous dirions : cette Assemblée sera de 600 membres, le peuple pourrait élire une Assemblée constituante de 1200 membres, et de même changer toutes les autres formes que nous aurions fixées. Ce qui entre dans notre mandat, c'est d'empêcher que ces pouvoirs constituants ne soient nécessaires ; c'est de prévenir, par un mode paisible et conservateur, *pris clans la Constitution*, la provocation de ce vœu spontané du peuple, qui n'arrive jamais que par la souffrance et l'altération successive des pouvoirs constitués »³¹.

Barnave distingue ainsi deux sortes de «pouvoirs constituants» : l'un, illimité et illimitable, que la Constitution ne peut prévoir et qui peut toujours la mettre à bas sans autre forme de procès ; l'autre que la Constitution doit organiser- un pouvoir *institué*, donc- qu'elle peut par conséquent limiter (par exemple quant à son objet).

Cette distinction, qui n'est pas autre chose (sauf le vocabulaire) que la distinction entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé, permet à l'Assemblée de résoudre le problème de justification auquel elle était confrontée.

B) La résolution du problème justificatif

Rappelons en quelques mots quel était ce problème. D'un côté, l'Assemblée ne pouvait pas trop explicitement renoncer au principe selon lequel la nation a toujours le droit de changer sa Constitution ; autrement dit, le pou-

³⁰ Séance du 31 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 111.

³¹ Séance du 31 août 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 113 (Nous soulignons).

voir constituant de la nation devait apparaître complètement libre de toute forme. De l'autre, elle souhaitait justement limiter le pouvoir constituant de la nation, en l'encadrant, en limitant à la fois les possibilités de son exercice et son objet. L'incompatibilité est alors flagrante : deux qualités contraires (illimitation d'un côté, limitation de l'autre) sont attribuées au même objet (le pouvoir constituant).

La solution trouvée par Barnave est à la fois simple et très ingénieuse : il fait de chacune de ces qualités l'attribut essentiel et caractéristique de deux objets de *nature* différente. Autrement dit, il y a désormais deux sortes de «pouvoirs constituants», qui se définissent précisément par le fait que l'un est illimité et que l'autre *peut* et même *doit* être limité par la Constitution. Dès lors, les deux propositions initialement incompatibles peuvent être maintenues telles quelles : le pouvoir constituant de la nation est illimité, la nation a toujours le droit de changer sa Constitution ; mais la Constitution doit indiquer les moyens par lesquels elle peut exercer un pouvoir de nature différente, celui de réviser sa Constitution – pouvoir qui peut, lui, être limité. Cette distinction n'a d'ailleurs pas comme seule conséquence de résoudre un problème argumentatif pour l'Assemblée. Elle a des incidences concrètes sur les solutions adoptées au titre VII de la Constitution: deux d'entre elles au moins peuvent être relevées.

La première est que l'Assemblée suit effectivement l'opinion de Barnave et d'André: le système adopté reprend assez fidèlement le projet Frochot pour ce que ce dernier appelait les «conventions nationales» (c'est-à-dire les assemblées de révision), mais il ne prévoit pas de mode spécifique de convocation d'un «corps constituant» pour opérer un changement total de constitution. Comme l'ont expliqué Barnave et d'André, il n'est pas même possible de prévoir ou d'organiser ce pouvoir, puisqu'il est *par nature* inorganisable et illimitable. L'Assemblée adopte donc un simple système de modification, de révision de la Constitution existante³².

La seconde conséquence est que les députés vont revenir sur le premier décret qu'ils avaient rendu en la matière, qui recommandait à la nation de ne point exercer son droit avant 30 ans³³. Cette proposition avait été formulée par Tronchet à un moment où l'on ne distinguait pas encore les deux sortes de «pouvoirs constituants », et elle était par conséquent destinée à empêcher une trop prochaine remise en cause *globale* de la Constitution. Mais dès lors que l'Assemblée peut s'autoriser à limiter le pouvoir de modification de l'Assem-

³² C'est pour cette raison que l'Assemblée pourra demander, sans se contredire aucunement, aux futurs membres de l'Assemblée de révision de la Constitution de jurer leur fidélité à... la Constitution (Séance du 3 septembre 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 187-188).

³³ C(*supra*).

blée de révision, tout en maintenant le principe du droit imprescriptible de la nation de changer sa Constitution, le délai de 30 années n'a plus lieu d'être et il paraît même bien excessif.

Thouret se montre à cet égard très explicite³⁴ : « Vos comités, dit-il, ont pris, pour base de leur résolution, la distinction fondée dans la nature même des choses, entre l'exercice du pouvoir constituant qui supposerait la nécessité du changement total de la Constitution, et le mode de révision indiqué par la Constitution même pour des réformes partielles sur quelques articles de détail. Lorsque M. Tronchet proposa à l'Assemblée le décret par lequel elle a fait une invitation à la nation de n'appeler de Convention nationale avant 30 années, il entendait alors parler des Assemblées ayant le pouvoir constituant complet (...). C'est de ce pouvoir que l'on peut dire qu'il est du conseil de la sagesse de ne l'exercer que lorsqu'il devient impossible de faire autrement. C'est pour cela que l'on avait proposé de décréter que la nation ne l'exercerait pas avant 30 ans. Mais ce décret impératif eût été évidemment une atteinte portée au droit de la nation; on y a donc substitué une invitation. (...) Mais ne semblerait-il pas présomptueux de croire qu'il ne sera pas besoin, avant 30 ans, de quelque rectification partielle à la Constitution ? Vous avez cru devoir adopter un mode de révision partielle, qui est, contre le danger de l'appel d'un corps constituant une garantie bien plus sûre que votre invitation ». En effet, « ce qui est essentiel à la nation, qui jouit d'une Constitution fondamentalement bonne, c'est de pouvoir en rectifier les défauts de détail. Il ne faut alors pas prévoir la nécessité d'une subversion totale dans une Constitution fondée sur les bases immuables de la justice et les principes éternels de la raison. C'est d'après cela que nous pensons qu'il faut supprimer cette invitation faite à la nation de ne point exercer le pouvoir constituant avant 30 ans ; car quoique cette invitation ait pour objet d'éloigner l'usage du corps constituant, elle aurait l'effet réel et substantiel, pour plusieurs esprits, d'être une espèce de convocation du corps constituant dans 30 ans d'ici ; et depuis que vous avez rendu le remède d'un corps constituant presque inutile, elle a perdu tous ses avantages, et il ne reste que l'inconvénient dont je parle ».

D'où la rédaction définitive, restée célèbre, de l'article 1er du Titre VII de la Constitution, qui ne mentionne pas ce délai, pourtant initialement voté par la Constituante : « rAssemblée 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'expé-

³⁴ Séance du 3 septembre 1791, *Archives parlementaires*, t. 30, p. 186 et s.

rience aurait fait sentir les inconvénients, décrète qu'il y sera procédé par une Assemblée de révision en la forme suivante »³⁵. Suivent les formes, très strictes, on le sait, suivant lesquelles une modification de détail de la Constitution pourra avoir lieu. Seulement, comme l'indique la première partie du décret, le pouvoir constituant (« originaire») de la nation reste illimité: c'est seulement son pouvoir de révision (son pouvoir constituant «dérivé»)) qui est strictement encadré³⁶. La justification, on le perçoit aisément, est bien meilleure que celle, un peu embarrassée, qu'avait avancée Tronchet au début des débats.

Conclusion(s)

Nous voudrions conclure ce travail par quatre observations, d'ordres très différents:

1) Tout d'abord, une confirmation: l'apparition de cette distinction illustre parfaitement l'idée qui était au fondement de ce travail, selon laquelle il convient de rechercher non pas seulement l'inventeur d'un concept, mais le contexte de son apparition. Il est en effet difficile de déterminer un seul auteur à cette distinction, parmi les députés: Frochot, d'abord, ne fait que souligner la différence de nature qui existe selon lui entre un changement total et une modification partielle de la Constitution ; d'André, ensuite, avance seulement l'idée de l'impossibilité de prévoir dans la Constitution la possibilité de changer totalement de Constitution; quant à Barnave, il ne fait finalement que théoriser ce qui a déjà été dit par d'André³⁷. Autrement dit, il serait vain d'attribuer à l'un ou à l'autre la paternité de cette distinction: ils ont collectivement (et pour certains d'entre eux inconsciemment) apporté à l'Assemblée une solution au problème justificatif qui se posait à elle. Surtout, il importe peu de savoir *qui* en a été l'auteur, du moment que l'on a compris *pourquoi* elle a été opérée.

2) Il convient ensuite d'anticiper une éventuelle objection, selon laquelle cette histoire de la distinction entre pouvoir constituant originaire et pouvoir

³⁵ *Ibid.*, p. 186 (Nous soulignons).

³⁶ Le professeur Olivier JOUANJAN a du reste mis en évidence combien l'article 1^{er} du Titre VII marque, par son vocabulaire même, la différence de nature qu'il opère: l'Assemblée « déclare » l'illimitation du pouvoir constituant de la nation, tandis que celle « décrète » que son pouvoir de révision sera exercé de telle façon.

³⁷ Aussi est-il à notre avis excessif de la part de Jean-Luc CHABOT, dans un article très intéressant (« Barnave et le pouvoir constituant », in *Constitution & Revolution, aux Etats-Unis d'Amérique et en Europe (1776-1815)*, dir. Roberto Marrucci, Laboratorio di storia costituzionale, Macerata, 1995, p. 315 et s.), de faire de Barnave l'inventeur exclusif de cette distinction – même si son rôle est bien sûr crucial.

constituant dérivé serait en réalité une histoire seulement française, et qu'elle omettrait ainsi les prestigieux prédécesseurs américains des constituants français. Il n'en est rien : il semble en effet que cette distinction n'ait pas été formulée aux Etats-Unis- ni à la Convention de Philadelphie, ni au cours de la rédaction des premières constitutions étatiques.

En ce qui concerne la Convention de Philadelphie, cela se comprend parfaitement : il suffit de considérer un instant la difficulté à laquelle cette assemblée a été confrontée lorsqu'en 1787 elle eut à débattre de la question du mode de révision constitutionnelle, pour comprendre que jamais elle n'eut besoin de cette distinction. Elle a en effet affronté un problème absolument inverse de celui qui se posera, un peu plus tard, à la Constituante française : elle n'a pas eu, comme cette dernière, à démontrer pourquoi il était nécessaire de restreindre l'exercice du pouvoir constituant ; elle a au contraire dû persuader les petits États d'accepter que la révision constitutionnelle se fasse possiblement sans eux, c'est-à-dire avec une autre règle que celle de l'unanimité. En d'autres termes, elle a dû démontrer qu'il était nécessaire de *faciliter* la révision constitutionnelle (par rapport à la règle de l'unanimité)³⁸. Dès lors, comme le relève Thornton Anderson, l'attention, au cours des débats à Philadelphie, « s'est focalisée sur les dangers que pouvait encourir chacun des États, ainsi que sur les conditions auxquelles ils pourraient accepter d'être liés par d'autres États. Aussi la question de la souveraineté du peuple, aussi bien celle de sa mise en œuvre que celle de sa limitation, que ce soit au niveau national ou au niveau étatique, a tout simplement été passée sous silence »³⁹. En résumé, la Convention devant créer un État fédéral à partir d'une Confédération d'États, le problème de justification s'est posé à elle à l'inverse de la Constituante française en 1791, si bien qu'elle n'a pas eu recours au même procédé argumentatif (c'est-à-dire à la distinction entre deux sortes de « pouvoirs constituants »).

Les circonstances étaient toutefois sensiblement différentes lors de l'élaboration des premières constitutions au niveau étatique : elles se rapprochaient même beaucoup de celles qu'a connues la Constituante française. À notre connaissance, on ne trouve pourtant pas trace au cours de cette période d'une distinction semblable à celle qu'opéra Barnave en 1791. Les débats qui ont entouré l'écriture de ces premières constitutions étatiques étant beaucoup moins accessibles, on ne peut toutefois exclure qu'elle ait été avancée et il faut

³⁸ Thornton Anderson note ainsi (*Creating the Constitution- The Convention of 1787 and the First Congress*, PSUP, University Park, Pennsylvania, 1993, p. 159- Nous traduisons): « De plus, des délégués aussi opposés que Hamilton et Masan qualifiaient de « facile » la méthode qu'ils appelaient de leurs vœux. Pourquoi, dès lors, n'ont-ils pas rendu faciles les amendements à la Constitution? Mais peut-être est-ce ce qu'ils ont fait, en réalité- par rapport à la règle de l'unanimité frévée par les Articles » de la Confédération.

³⁹ *Ibid.* (Nous traduisons).

donc se garder de conclusions trop hâtives. Deux éléments plaident cependant pour confirmer que la distinction ne fut inventée que plus tardivement, en France.

En premier lieu, les organes qui ont écrit ces premières constitutions ont le plus souvent opéré dans l'urgence, à la requête du Congrès continental, qui leur avait demandé, suite à la Déclaration d'indépendance, d'adopter chacun rapidement une nouvelle organisation des pouvoirs publics. Or, la précipitation dans laquelle ces constitutions ont en général été adoptées, ainsi d'ailleurs que le mode de raisonnement propre aux Américains, moins attachés que ne le seront leurs homologues Français à l'énonciation des principes fondant leurs décisions⁴⁰, expliquent probablement que le type de débats survenus sous la Constituante française n'aient pu se déployer dans les différents États américains.

En second lieu, le but des organes écrivant la constitution n'était pas de restreindre la possibilité de révision constitutionnelle : ils n'ont pas la réticence, voire la crainte des Constituants français en 1791 à l'égard du peuple au nom duquel ils s'expriment – la lutte pour l'indépendance à laquelle se livrent les Américains posant sans doute, à cet égard, des problèmes sensiblement différents. Les organes qui ont été sollicités par le Congrès continental, qu'il s'agisse des congrès provinciaux ou des assemblées législatives, lorsqu'elles s'étaient maintenues, se sont bien posé la question de leur légitimité à adopter ces constitutions. Mais ils n'ont en général pas craint, alors, de solliciter le peuple, soit pour renouveler leurs membres, soit pour obtenir son autorisation préalablement à l'écriture de la future constitution, soit enfin pour faire ratifier celle-ci a posteriori. Aussi les Constitutions étatiques ont-elles eu tendance à reprendre, le plus souvent, comme mode de révision de la Constitution, les procédures qui avaient présidé à leur adoption même. On peut donc comprendre que ces premiers constituants n'aient pas eu besoin de distinguer deux «sortes» de pouvoirs constituants, dont l'un serait limité et l'autre non.

⁴⁰ Ainsi que l'expliquent Michel TROPER et Lucien JAUME, la Constitution votée par la Constituante non seulement « institue des organes et énonce les règles de leur fonctionnement, mais elle formule aussi les *principes* justifiant ces règles, démarche qui était absente du rexre américain » (« Avant-propos » à *1789 et l'invention de la Constitution - Actes du colloque de Paris organisé par l'Association française de science politique des 2, 3 et 4 mars 1989*, M. Troper et L. Jaume (sous la dir.), Paris, LGDJ-Bruylant, « La pensée juridique moderne », 1994, p. 14). Aussi l'assemblée nationale constituante a-t-elle « été la première dans l'histoire du monde à ne pas se contenter d'un simple agencement des pouvoirs, d'une mécanique, mais à énoncer en même temps les principes sur lesquels elle se fondait, des principes qu'elle considérait (...) comme universels » (M. TROPER : « Rapport de synthèse », in *1791 : La première constitution française - Actes du colloque de Dijon des 26 et 27 septembre 1991*, J. Barr, -J. Clère, C. Courvoisier, M. Verpeaux (sous la dir.), Paris, Economica, « Droit public positif », 1993, p. 468).

3) Une question se pose, par ailleurs, à propos de cette (brève) genèse de la distinction entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé : que nous apprend-elle (puisque c'était là son ambition avouée) sur la fonction que cette distinction remplit dans le discours juridique ? La réponse qui vient ordinairement à l'esprit est qu'elle permet de mieux décrire le droit positif, autrement dit qu'elle remplit une fonction *descriptive*. Or, cette fonction n'est en fait que très imparfaitement remplie par cette distinction : son intérêt en termes descriptifs est au contraire très limité, tout simplement parce qu'elle est fort peu maniable. On sait (la démonstration en a été faite⁴¹) combien il est difficile de distinguer *concrètement* le pouvoir constituant exercé selon la procédure prévue par la Constitution précédente, du pouvoir constituant exercé en dehors de cette procédure. Mais pourquoi, alors, cette distinction si peu maniable s'est-elle imposée dans le discours juridique, au point de devenir, selon l'expression d'Olivier Beaud, «une sorte de lieu commun dans la doctrine constitutionnelle française»⁴² ? Sa postérité s'explique en réalité fort bien: elle a simplement continué de remplir la fonction *justificative* dont elle avait été investie dès sa création en 1791. Elle permet en effet une chose assez extraordinaire, s'il'on s'y arrête quelques instants: elle permet de justifier que le pouvoir de faire la constitution soit limité par... la constitution. La justification tient à l'ontologie réaliste qui sous-tend le discours juridique en général, et doctrinal en particulier: distinguer conceptuellement pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé équivaut en effet à admettre leur différence «de nature», selon les termes employés avec insistance par Frochot en 1791. Le second (dérivé) est considéré comme étant, par nature, organisé et limité par la Constitution, tandis que le premier (originaire), échappe, par nature encore une fois, à toute organisation ou limitation constitutionnelle.

Dès lors, ce n'est pas, contrairement à ce que l'on avance parfois, parce que cette distinction existe que l'on doit limiter le pouvoir de révision constitutionnellé³, mais au contraire, c'est parce que l'on veut limiter le pouvoir de

⁴¹ Éric MAULIN offre un exemple très convaincant de cette démonstration (*La théorie de l'État de Carré de Ma/berg*, Paris, PUF, «Léviathan», 2003, p. 131 et s).

⁴² O. BEAUD: *La puissance de l'État*, op. cit., p. 314.

⁴³ La distinction entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé est souvent présentée comme un argument supplémentaire en faveur de la limitation (matérielle) du pouvoir de révision constitutionnelle. Un exemple caractéristique de ce type d'arguments peut être trouvé dans un article récent (Cécile ISIDORO: «Le pouvoir constituant peut-il tout faire?», in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs - Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 246); l'auteur y soutient que la «différence de nature entre pouvoir constituant originaire et dérivé emporte des conséquences juridiques essentielles car les deux pouvoirs ne disposent pas d'un pouvoir identique. Contrairement à ce que soutiennent les auteurs dont la théorie repose sur une confusion entre constituant originaire et dérivé, il est impossible de donner au pouvoir de révision les attributs d'un pouvoir originaire».

révision constitutionnelle que l'on distingue entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé. Aussi pourrait-on dire, en jouant un peu sur les mots, que ce n'est pas cette distinction qui justifie qu'on limite le pouvoir de révision constitutionnelle, mais que c'est au contraire la volonté de limiter le pouvoir de révision constitutionnelle qui justifie cette distinction.

4) On voudrait enfin, sinon nuancer, du moins apporter une précision relative à ces conclusions. Quoique l'étude qui vient d'être menée ait été exclusivement conceptuelle, il n'est pour autant pas question de négliger l'importance de la terminologie. Il est tout à fait remarquable à cet égard que dès lors que Barnave finalise la distinction conceptuelle entre deux types de « pouvoirs constituants », il s'emploie à utiliser pour chacun des concepts qu'il oppose un terme différent, qui marque suffisamment leur différence de nature: il parle, et l'Assemblée à sa suite, de « pouvoir constituant » d'un côté, et de « pouvoir de révision » de l'autre. C'est bien cette terminologie qui connaîtra une certaine postérité jusqu'au milieu du :XXE siècle, et c'est pour un retour à celle-ci que plaide aujourd'hui le professeur Olivier Beaud. Or, il serait intéressant de chercher à comprendre pourquoi la terminologie proposée par le doyen Bonnard⁴⁴, qui désigne ces deux concepts par le même terme

⁴⁴ Chez R BONNARD, le choix de cene terminologie (originaire/institué) et l'abandon de la précédente, plus classique (pouvoir constituant/de révision) s'explique parfaitement, si l'on considère quel était le projet de son ouvrage sur les actes constitutionnels de 1940. Il s'agissait essentiellement de les justifier, et le meilleur moyen d'y parvenir était bien sûr de prétendre qu'ils étaient faits en toute légalité, c'est-à-dire conformément au droit en vigueur (*Les Actes constitutifs de 1940*, op. cit., p. 2./i). Bonnard refuse pourtant la thèse selon laquelle la loi du 10 juillet 1940 aurait seulement délégué l'exercice du pouvoir constituant au maréchal Pétain {car cela aurait signifié que l'Assemblée nationale aurait pu récupérer l'exercice d'un droit dont elle avait conservé la jouissance, si le maréchal avait disparu}. Bonnard prétend donc que l'Assemblée nationale « ne pouvant pas établir elle-même la nouvelle constitution (...) s'est dépouillée définitivement de son pouvoir constituant, en créant dans la loi du 10 juillet 1940 un nouveau pouvoir constituant par révision de l'article 8 de la loi du 25 février 1875" (*ibid.*, p. 41). Mais pourquoi Bonnard n'utilise-t-il pas la terminologie habituelle en qualifiant ce pouvoir, qui « appartient désormais, tant en jouissance qu'en exercice, au Maréchal Pétain », de pouvoir de révision constitutionnelle? Pourquoi est-il conduit à évoquer, de préférence, un pouvoir constituant « institué »? Il semble en premier lieu que ce soit tout simplement pour marquer l'ampleur des transformations institutionnelles provoquées par le changement au tirulaire du pouvoir de révision constitutionnelle. Il ne s'agissait bien sûr pas, pour Pétain, de seulement « réviser » les institutions de la III^e République, mais bien de créer une nouvelle constitution. Bonnard ne peut donc se contenter de l'opposition entre pouvoir constituant et pouvoir de révision : il veut faire apparaître à la fois la *légalité* de l'exercice par Pétain du pouvoir constituant (pour même en évidence sa prétendue *légitimité*), et sa capacité à bouleverser l'ordre institutionnel existant. Pour remplir cene dernière fonction, il est contraint de parler de pouvoir « constituant » et d'ajouter « institué » pour se conformer à la première. Mais il existe une seconde raison à cene innovation terminologique. Par la loi du 10 juillet 1940, « l'Assemblée nationale donne tout pouvoir au gouvernement de la République, sous l'autorité et la signature du Maréchal Pétain, à l'effet de promulguer, par un ou plusieurs actes, une nouvelle constitution de l'État français ». La attribution du pouvoir constituant s'est donc faite nominativement et le gouvernement n'a pu par la suite édicter toute une série d'actes constitutionnels que « sous l'autorité et la signature du Maréchal Pétain ». Tant que le Maréchal est au pouvoir, cene procédure ne pose pas de problème. Mais s'il vient à disparaître ou s'il quine ses fonctions, il faut se demander qui disposera de la faculté de modifier ces actes constitutionnels

de «<pouvoir constituant>», même si l'un est originaire et l'autre institué ou dérivé⁴⁵, s'est finalement imposée en France.

À l'évidence, ces expressions tendent à atténuer la différence de nature que la distinction conceptuelle, désignée par l'ancienne terminologie, tendait à souligner: que le même mot («<pouvoir *constituant*>») soit utilisé pour parler de l'un et de l'autre, et que leur différence ne réside plus que dans l'épithète qui leur est attribuée («<originaire>» ou «<dérivé>»), permet sans doute à ceux qui plaident pour l'illimitation du pouvoir de révision constitutionnelle de nuancer, voire de nier (plus facilement) la réalité de la distinction entre les deux concepts⁴⁶. C'est pourquoi les auteurs qui, comme Olivier Beaud, défendent ardemment la thèse de la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle, peuvent également plaider pour un retour au vocabulaire utilisé par Barnavé⁴⁷, plus explicite quant à la radicalité de l'opposition entre les deux concepts.

Il reste que la fonction justificative de la distinction persiste, malgré le changement de terminologie: les partisans d'une illimitation du pouvoir de révision constitutionnelle doivent continuer à la nier⁴⁸, ou du moins à la nuancer radicalement, tandis que ceux qui voudraient limiter ce pouvoir doivent toujours en accentuer les traits. La postérité du vocabulaire contemporain⁴⁹ s'explique sans doute simplement- ainsi que l'avait judicieusement

-autrement dit de les réviser. Le texte semble ne pas résoudre la question, mais Bonnard est bien forcé de se la poser. Il estime, d'une part, qu'il est impossible de considérer que ce pouvoir appartiendra au législateur ordinaire (l'acte constitutionnel n° 2 prévoit une procédure- relativement- spécifique pour les lois ordinaires) et d'autre part, qu'il est tout autant de reconnaître que ce pouvoir n'existera alors plus (car une constitution rigide comme celle qui se met en place doit toujours pouvoir être modifiée). Il est donc nécessaire, dans cette configuration, de distinguer un pouvoir de révision constitutionnelle (dom Bonnard se demande ensuite à qui il devra être attribué) du pouvoir constituant institué qui avait été attribué nominativement au Maréchal Pétain.

⁴⁵ Selon Olivier JOUANJAN («La forme républicaine de gouvernement, norme supraconstitutionnelle?», in *La République en droit français*, Actes du colloque de Dijon, 10 et 11 décembre 1992, B. Mathieu et M. Verpeaux (sous la dir.), Paris, Economica, 1996, p. 281), la préférence donnée aujourd'hui au qualificatif « dérivé » s'explique par le fait que ce qualificatif permet d'éviter d'accoler ensemble deux mots qui paraîtraient trop évidemment incompatibles-«< pouvoir constituant constitué >>-et dont la juxtaposition rendrait le concept lui-même absurde.

⁴⁶ Olivier BEAUD considère que la doctrine se permet ainsi (à ton) de «< ranger ces deux pouvoirs dans un genre unique, d'adopter une différenciation relative (différence de degré) alors qu'elle devrait être absolue >>» (O. BEAUD: *La puissance de l'État*, op. cit., p. 315), et de reconnaître ainsi au pouvoir constituant dérivé de trop larges compétences (allant jusqu'au changement de constitution).

⁴⁷ O. BEAUD: *La puissance de l'État*, op. cit., p. 315.

⁴⁸ Ainsi, le doyen Georges VEDEL avait pu écrire que le «<pouvoir constituant dérivé n'est pas d'une autre nature que le pouvoir constituant initial: la Constitution lui donne sa procédure (...) elle ne borne point son étendue (car même la prohibition concernant la forme républicaine du Gouvernement portée à l'article 89, dernier alinéa, serait tenue en échec par une révision de ce dernier alinéa)>>», (*Revue Française de Droit Administratif*, mars-avril 1992, p. 179).

⁴⁹ Il s'agit d'un succès d'autant plus remarquable que la terminologie de Bonnard n'a pas eu seulement à s'imposer: elle a dû en supplanter une autre, beaucoup plus ancienne et bien ancrée dans la tradition constitutionnelle française.

suggéré Olivier Jouanjan⁵⁰ -par le fait qu'il rétablit un certain équilibre entre les deux types d'argumentations, et parvient ainsi à contenter tout le monde : parler de pouvoir constituant dérivé autorise à plaider indifféremment pour la thèse de la limitation ou de l'illimitation du pouvoir de révision constitutionnelle -les partisans de la première insistant sur la « nature » dérivée de ce pouvoir, ceux de la seconde soulignant sa « nature » constituante.

⁵⁰ Olivier JOUANJAN expliquait ainsi à juste titre {<<La forme républicaine de gouvernement, norme supraconstitutionnelle? >>, op. cit., p. 280-281), à propos de l'opposition entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé, qu'une «telle classification, derrière l'apparence de son caractère logiquement impeccable {la différence spécifique fournit le critère de distinction au-dedans du genre), nous paraît en réalité ne rien trancher et laisser ouvertes toutes les possibilités explicatives qui conviendront à l'interprète : il appuiera sur l'identité de genre {la révision est l'exercice du pouvoir constituant) lorsque cela lui conviendra {le pouvoir constituant ne saurait être matériellement limité), et sur la différence spécifique selon les besoins de la cause (par exemple: la révision de 1962 est inconstitutionnelle). Bref, sur la base d'une telle classification, on peut soutenir tout et son contraire: Il suffit de déplacer les accents>>.