

La "supériorité" des normes "infra-constitutionnelles". Ou : la concrétisation normative textuelle des constitutions formelles

Armel Le Divellec
Professeur à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)
Centre d'études constitutionnelles et politiques

Par un paradoxe rarement étudié de façon approfondie, la France, qui fut l'un des premiers laboratoires du constitutionnalisme libéral moderne, a découvert tardivement l'importance de la constitution au sens juridique. Malgré les termes de la déclaration du Tiers-Etat du 17 juin 1789 et surtout du Serment du Jeu de Paume du 20 juin suivant, la constitution resta pendant près de deux siècles une sorte d'Arlésienne : on en parlait sans doute beaucoup politiquement mais elle renvoyait, en tant qu'objet juridique, une image si faible qu'elle semblait absente et n'a pas occupé une place centrale dans les discours de la science juridique.

Cette (re)découverte s'est faite sous la V^e République, encore que non immédiatement : durant la première décennie (un peu davantage même), nombre de juristes se désolaient du peu d'importance du texte promulgué le 4 octobre 1958. Elle apparaissait comme une ombre (P. Avril), un bout de papier allègrement violé par le premier président de la République, le régime politique réel semblant se développer en marge du texte¹.

Comme chacun sait, la situation a évolué de manière assez radicale, essentiellement à partir de la décision du 16 juillet 1971 du Conseil constitutionnel. Un discours sur la « résurrection de la notion de constitution » et l'avènement d'une « constitution normative » a pu se développer dans la doctrine juridique². Aujourd'hui, une notion juridique de constitution entendue comme une norme (mais il convient de dire et redire plus précisément : un ensemble de normes) supérieure(s) est exaltée, reléguant d'autres dimensions de celle-ci³, négligeant du même coup notamment tout ce que le droit constitutionnel doit à son irréductible part d'informel.

En outre, les juristes contemporains semblent, dans leur discours, comme hypnotisés par l'idée de hiérarchie des normes, censément être la clef d'explication de tout problème, de toute approche véritablement juriste de la constitution. La constitution (sans épithète – on ne prend le plus souvent même pas soin de la définir précisément) serait « au sommet de la pyramide des normes juridiques ». Notons en passant que l'on réduit implicitement la notion de constitution à une définition formelle – alors même que presque tous les auteurs admettent qu'il existe également une définition matérielle, mais leurs développements sont, à ce sujet, souvent embarrassés – et qui plus est, une notion formelle à laquelle on accole presque automatiquement le caractère de suprématie, c'est-à-dire un caractère supra-législatif, lié à sa rigidité (la rigidité permettant la suprématie en même temps qu'elle en est la protection). La

¹ P. Avril, « Controverse autour d'une ombre », *Cahiers de la République*, n°31, 1961, p. 23-32.

² On observera que le chemin a été assez voisin en Allemagne où l'ampleur prise par la justice constitutionnelle après 1949 a grandement contribué à modifier la conception et les discours sur la constitution, désormais fort éloignés des doctrines weimariennes.

³ Par exemple les conceptions dites mécanistes (M. Troper) ou bien encore des conceptions dites parfois « politiques », parfois « institutionnelles » de la constitution (tous ces termes marquant une imprécision certaine sur le sens que l'on veut leur donner).

mystique (particulièrement poussée en France) du pouvoir constituant offrant la justification en principe irréfutable de cette construction de l'esprit.

Il faut se demander si l'on ne se paie pas un peu de mots en se contentant d'un tel discours. En effet, cette façon de voir a relégué dans l'ombre sinon dans l'oubli une autre dimension du problème de la constitution soi-disant normative : à savoir ce que celle-ci doit aux normes dites (dans la perspective formaliste dominante) « infra-constitutionnelles ». On peut d'ailleurs signaler d'ores et déjà un exemple éloquent, quoiqu'un peu particulier, de « supériorité » de normes « infra-constitutionnelles », qui déborde le droit constitutionnel proprement dit : la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat n'a-t-elle pas inventé la justice administrative déléguée sur laquelle les trois Constitutions républicaines de 1875, 1946 et 1958 sont muettes ?⁴. Mais on privilégiera ici les cas plus classiques.

On se propose ici d'avancer la thèse d'apparence iconoclaste selon laquelle les normes (dites formellement) « infra-constitutionnelles » sont, d'une certaine manière, « supérieures » aux constitutions formelles (l'ensemble des normes dites formellement constitutionnelles). Il faut, pour cela, introduire la notion de concrétisation, essentielle pour approcher le problème de la normativité des constitutions formelles.

I. L'inévitable nécessité de la concrétisation des constitutions formelles

Avant de développer le propos relatif aux normes infra-constitutionnelles, il importe de préciser que le problème de la concrétisation juridique est bien plus vaste que celui des seules normes écrites. La question de l'effectivité du droit (qui a partie liée à celle de la concrétisation) pose toute une série de questions, incluant notamment celle des représentations intellectuelles sous-jacentes, celle des interprétations par les organes concernés (notamment les juridictions) et enfin celle de l'application factuelle des normes⁵. La brève étude présente se limitera au thème de la concrétisation par des textes normatifs (ou concrétisation normative textuelle).

Cette idée est à peu près totalement occultée par les discours contemporains. Certes, il est un lieu commun de la doctrine française politologique, à savoir que la loi électorale serait plus essentielle que la constitution formelle et, au-delà de cet exemple particulier, des praticiens ont pu naguère relever que les règlements intérieurs des chambres parlementaires sont, en réalité, aussi voire plus importants que la constitution elle-même⁶. Mais l'idée est quasiment absente des discours savants. Elle avait pourtant été mise en exergue de façon très judicieuse par un auteur ancien mais bien oublié, Paul Pradier-Fodéré, dans ses *Principes généraux de*

⁴ Et donc bien avant que le Conseil constitutionnel ne « découvre » un soi-disant fondement « constitutionnel » à la juridiction administrative par ses décisions de 1980 et 1987 et que l'article 61-1 introduit en 2008 ne mentionne de façon très implicite le rôle du Conseil d'Etat dans le dispositif de la QPC.

⁵ Pour une esquisse sur les autres types de concrétisation, v. A. Le Divellec, « Constitution juridique, système de gouvernement et système politique », *Mélanges Hugues Portelli*, Dalloz, 2018, p. 77-97.

⁶ Déjà Emile Ollivier, tout juste nommé à la tête du cabinet en 1870, observait : « Un bon règlement de la Chambre, résultat d'un texte écrit ou d'une longue coutume, est aussi essentiel dans un régime de liberté que la constitution elle-même » (*L'Empire libéral. Etudes, récits, souvenirs*, Paris, Garnier, t. XII, 1908, p. 506). On connaît aussi la formule d'Eugène Pierre : « En réalité, (...) [le règlement] a souvent plus d'influence que la Constitution elle-même sur la marche des affaires publiques » (*Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, rééd. Loysel, 1989, t. I, n°445, p. 491), tout comme Maurice Hauriou, pour qui « les règlements intérieurs des assemblées législatives (...) sont parmi les textes les plus importants du droit constitutionnel et parmi les moyens les plus efficaces de la bonne conduite des affaires » (*Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 2^e éd. 1930, p. 74). On rapporte que Raymond Poincaré aurait dit, dans les années 1920 : « je n'ai que faire d'une révision de la Constitution ; donnez-moi un bon règlement de la chambre... ».

droit, de politique et de législation parus en 1869⁷. « 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). »

Dans ses constructions dogmatiques et pédagogiques, la doctrine constitutionnaliste contemporaine n'évoque guère voire jamais ce problème. Oscillant entre un certain genre de discours normativiste (mais excessivement abstrait – la constitution est un ensemble de normes dite supérieures et forcément complet) et une sorte de discours culturaliste flou, qui fait une place aux facteurs politiques et culturels, mais dans lequel peut finir par se perdre l'élément proprement juridique, la doctrine française a négligé d'approfondir nombre de problèmes précis posés par les constitutions formelles-rigides.

Or, il est aisé de remarquer, au terme d'un examen même rapide des ordres constitutionnels concrets (c'est-à-dire effectivement aptes à fonctionner), que les normes infra-constitutionnelles jouent un rôle essentiel pour faire advenir la normativité constitutionnelle véritable. En se limitant ici, comme on l'a dit, à l'aspect textuel du problème, et sans même avoir besoin d'adhérer à une radicale théorie réaliste de l'interprétation, tout juriste peut prendre conscience que, quelle que soit leur ambition, les rédacteurs des constitutions formelles n'ont pas la capacité de tout régler et que leurs textes, même fort développés (ce qui est la tendance contemporaine, depuis le second XX^e siècle voire déjà auparavant⁸), laissent forcément subsister, volontairement ou non, consciemment ou non, des questions ouvertes ou incertaines, sur des points qui ne sont pas toujours de détail mais peuvent être très importants voire capitaux. Autrement dit, que les énoncés formulés par le pouvoir constituant nécessitent toujours, à des degrés divers, des concrétisations.

Le terme « concrétisation » est très peu voire jamais employé par la science juridique française, pas davantage par les praticiens du droit. Il est au contraire courant dans d'autres pays, notamment germaniques, même s'il est utilisé dans des sens différents selon les positionnements épistémologiques⁹. Il nous semble qu'il gagnerait à être plus largement employé, comme il peut l'être dans le discours des juges constitutionnels étrangers¹⁰.

⁷ Paris, Guillaumin et c^{ie}, 1869. Les citations se trouvent aux pages 63 et 207-208. L'auteur, au parcours original, a eu droit à une notice (par François Saint-Bonnet) dans le *Dictionnaire historique des juristes français* (PUF, 2007, p. 641) dirigé par P. Arabeyre et alii.

⁸ Ainsi certaines constitutions monarchiques du début du XIX^e siècle pouvaient être très longues, en raison de la volonté (ou de l'espoir) du monarque de limiter le rôle potentiel des assemblées délibérantes par des dispositions très précises (ainsi par exemple l'une des premières, celle du Grand-Duché de Saxe-Weimar-Eisenach du 5 mai 1816). D'autre part, certains États fédérés américains ont, dès le milieu du XIX^e siècle, considérablement alourdi leurs textes constitutionnels afin de mettre des portions entières de législations diverses à l'abri de possibles caprices de majorités parlementaires futures.

⁹ Il joue un rôle certain d'une manière générale dans les thèses sophistiquées de la théorie du droit, en particulier chez Kelsen et Merkl. Mais également chez Friedrich Müller et sa théorie structurante du droit. Ou encore chez le Suisse René Rhinow (*Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1979).

¹⁰ Ainsi en particulier la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Le Conseil constitutionnel français, au contraire, préfère taire cette dimension et se borne à jouer implicitement le jeu de l'acte clair, présentant ses constructions comme découlant automatiquement des énoncés de la constitution formelle.

Les incertitudes laissées par les énoncés d'une constitution formelle peuvent être implicites. Sans renvoi exprès à une loi ou à d'autres types de normation par l'écrit, il est entendu que les organes créés (ou dont l'existence est posée) par la constitution formelle pourront et même devront préciser eux-mêmes ce qui est nécessaire à leur office. Ainsi, classiquement, il a été admis dans tout Etat constitutionnel depuis la fin du XVIII^e siècle que les assemblées parlementaires avaient, même dans le silence du texte constitutionnel principal¹¹, compétence pour se doter d'un règlement, en vertu de ce que l'on a fini par appeler le principe d'autonomie des assemblées. De même pour le pouvoir dit exécutif, même si ses règles de fonctionnement interne sont habituellement moins formalisées.

Mais parfois, ces incertitudes sont explicites en ce sens que, pour prévenir toute ambiguïté et éviter d'alourdir le texte de la constitution formelle, celle-ci renvoie explicitement à d'autres textes, en particulier à des lois, le soin de compléter ou préciser ses propres dispositions. La Constitution française de 1958 contenait ainsi à l'origine pas moins de dix-sept renvois à des lois organiques et cinq à des lois ordinaires¹². – A titre de comparaison, la Constitution italienne de 1947 renvoyait à plus de trente-cinq lois complémentaires, la Loi fondamentale de l'Allemagne de l'Ouest à plus de vingt-cinq en 1949 (chiffres augmentés depuis)¹³. C'était évidemment l'aveu que la constitution formelle ne pouvait être entièrement et immédiatement opérationnelle, qu'elle devait être concrétisée par d'autres textes. Et l'on sait la grande latitude que le Gouvernement de Gaulle, principal rédacteur de ce texte, s'est donnée par le biais de l'article 92 qui l'habilite à prendre par ordonnances « les mesures législatives nécessaires à la mise en place des institutions et, jusqu'à cette mise en place, au fonctionnement des pouvoirs publics...».

Il faut cependant aller plus loin et opérer certaines différenciations (d'autant que certaines normations infra-constitutionnelles apparaissent en l'absence d'habilitation expresse), qu'il s'agisse des types de concrétisation et de leurs effets.

Par normes infra-constitutionnelles, on entendra ici tout ce qui relève de la constitution matérielle à l'exclusion de ce qui est déjà mentionné dans la constitution formelle : tout type de textes normatifs à valeur juridique en principe contraignante. Elles recouvrent des lois formelles (certains pays comme la France et l'Espagne ajoutant la catégorie des lois organiques), des règlements d'organes constitutionnels (ceux des assemblées parlementaires mais aussi des cours constitutionnelles ou assimilées, et, parfois, des gouvernements) ou encore d'actes du pouvoir exécutif. On pourrait discuter du statut d'autres types de textes comme les résolutions et les « ordres du jour » d'une assemblée (ainsi à l'Assemblée nationale italienne de 1947) ou encore à des circulaires ou notes internes à l'exécutif, qui se présentent parfois comme des déclarations interprétatives mais peuvent revêtir une portée plus fondamentale. En toute hypothèse, ces différents types de normes infra-constitutionnelles peuvent s'ajouter les unes aux autres (c'est le cas le plus fréquent) pour une opération de concrétisation d'un même objet.

¹¹ Les constitutions américaines semblent être les premières à avoir mentionné ce point : ainsi au Maryland (Constitution du 9 novembre 1776, art. XXIV : « Chacune des deux chambres (...) établira ses règlements et ses manières de procéder » ; ou au Massachusetts (Const. de 1780, II, 1, (2), art. VII : « Le Sénat (...) règlera ses formes de procéder » ; de même pour la Chambre des représentants). Pareillement dans la Constitution fédérale des Etats-Unis, art. 1^{er}, section 5, 2^o : « Chaque chambre pourra établir son règlement [*Rules of its proceedings*]...»).

¹² Ces chiffres ont encore sensiblement augmenté depuis les nombreuses révisions que ladite Constitution a connues entre 1960 et 2018.

¹³ Sans compter plus d'une vingtaine de cas pour lesquels la Constitution annonçait qu'une loi pourra régler différents sujets.

II. Les types de concrétisation normative textuelle

On peut se risquer à esquisser une typologie des différents cas de concrétisation textuelle. Les renvois explicites à des lois organiques ou ordinaires ne présentent pas tous la même portée. Dans certains cas, il ne s'agit effectivement que de « préciser » ou de « compléter » des normes nettement posées mais qui demeurent générales. Dans d'autres cas, au contraire, il s'agit d'une habilitation générale expresse à partir d'un énoncé de portée à peine normative. A l'extrême, certains énoncés de la constitution formelle ne posent, en réalité, aucune norme ; ils laissent entièrement ouvert le champ d'une éventuelle normation. Dans ces deux derniers cas au moins, on ne saurait dire (ou du moins il ne sert pas à grand-chose de prétendre) que les normes infra-constitutionnelles de concrétisation se bornent à « l'application » de dispositions de la constitution formelle mais réalisent bien plutôt la véritable création normative ; c'est en elles que réside la part décisive de normativité.

A) La concrétisation de normes générales par une habilitation expresse

Le premier type de concrétisation textuelle des dispositions formellement constitutionnelles formelle est le plus facile à repérer ; on le rencontre dans la quasi-totalité des constitutions formelles : un article de la constitution formelle habilite explicitement un organe (en général le législateur ordinaire et/ou organique) à normer tel ou tel domaine concernant l'organisation des pouvoirs publics.

1) Il peut s'agir de compléter les règles de statut et de compétence d'un organe créé par la constitution formelle mais dont celle-ci ne fixe elle-même qu'un nombre réduit de règles, parfois précises mais restant générales, qui appellent évidemment des règles complémentaires. Ainsi par exemple, l'article 63 de la Constitution de 1958 : « Une loi organique détermine les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil constitutionnel, la procédure qui est suivie devant lui et notamment les délais ouverts pour le saisir de contestations », sachant que les articles 56 à 62 fixent déjà certains éléments essentiels mais brefs sur le Conseil et son office. Il en va de même pour d'autres juridictions constitutionnelles : parmi de très nombreux exemples, l'art. 137, al. 2 de la Constitution italienne de 1947¹⁴ et l'art. 94, al. 2 de la Loi fondamentale allemande de 1949.

2) Dans d'autres cas, l'habilitation est largement voire totalement ouverte, selon une gradation que l'on peut apprécier diversement. Elle est large quand la constitution formelle fixe un cadre minimal pour la concrétisation textuelle. Tel est par exemple le cas du Défenseur des droits¹⁵. L'habilitation est plus large en ce qui concerne les commissions d'enquête parlementaire (art. 51-2 C)¹⁶. Elle peut même être totalement ouverte quand la disposition de la constitution formelle abandonne toute règle de fond, se contentant d'attribuer une compétence. Tel est le cas de la durée des pouvoirs des assemblées parlementaires (art. 25, al. 1^{er} C), curieusement

¹⁴ « Une loi ordinaire fixe les autres règles nécessaires à l'organisation et au fonctionnement de la Cour ». Particularité italienne, l'alinéa 1^{er} du même article renvoie à une loi constitutionnelle le soin de fixer « les conditions, les formes, les délais dans lesquels des recours en inconstitutionnalité peuvent être introduits, ainsi que les garanties d'indépendance des juges de la Cour. » Il s'agit alors d'une habilitation générale pour le législateur constitutionnel de plus haut niveau, confirmation là encore que le texte initial a besoin d'être concrétisé.

¹⁵ L'article 71-1 C décrit une mission générale (al. 1^{er}), prévoit deux catégories de saisine (al. 2), ouvre une possibilité d'organisation collégiale (al. 3), précise cinq points concernant son statut (al. 4) et crée une obligation de rendre compte de son activité (al. 5).

¹⁶ Leur rôle est défini de manière très générale (recueillir des éléments d'information en vue de remplir les missions de contrôle et d'évaluation) et deux règles juridiques précises sont posées : la commission est propre à une assemblée et comprend des membres de celle-ci. Au reste, il est renvoyé à une loi ainsi qu'aux règlements de chaque assemblée.

laissée ouverte¹⁷, alors que la même Constitution précise la durée des fonctions du président de la République et celle des membres du Conseil constitutionnel¹⁸.

On peut encore repérer un cas d'habilitation vaste voire flou, à l'article 73 de la Constitution de 1958, dans sa version originelle, concernant l'organisation administrative des départements d'Outre-Mer¹⁹.

B) Concrétiser un énoncé anormatif

Un autre type de concrétisation se présente lorsque la constitution formelle contient un énoncé que l'on peut qualifier d'anormatif, en ce sens qu'il peut donner l'impression de poser une règle mais, en réalité, il n'en est rien. Cet énoncé ne fait que mentionner un objet ou un champ plus ou moins précis (on peut dans certains cas le qualifier d'énoncé de type littéraire), tout à fait ouvert à une normation quelconque.

Ainsi par exemple l'art. 66 de la Constitution de 1958 : « (1) Nul ne peut être arbitrairement détenu. (2) L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. »²⁰ Le premier alinéa pose un principe, très général ; le second est si flou qu'il peut être dit anormatif. Ce qui tend à confirmer que la distinction entre principes juridiques et règles juridiques, que la doctrine peine à valider, est sans doute, en réalité, nécessaire et inévitable.

D'une manière générale, c'est souvent le cas des principes structurants de l'ordre constitutionnel²¹, ainsi que des catalogues de droits et libertés fondamentaux dans les constitutions libérales modernes. Ces principes et droits sont, pour la plupart, énoncés de manière si générale que seules des lois ou autres normes de concrétisation permettront d'atteindre un degré de normativité opératoire²².

C) Comblent un silence ou une lacune

Une autre situation se présente en cas de silence complet de la constitution formelle sur des points cruciaux pour l'organisation institutionnelle. Pour qui refuse de parler de lacune, le terme de silence sera préférable. Mais le point décisif est qu'une difficulté se pose logiquement au regard du cadre général fixé par les autres énoncés de la constitution.

Ainsi par exemple, ni la Constitution de Weimar de 1919 ni la Loi fondamentale d'Allemagne de 1949 n'ont spécifié qui préside le conseil des ministres. C'est, dans les deux cas le règlement intérieur du Gouvernement fédéral (adopté respectivement en 1924 et en 1951) qui l'attribuera au Chancelier et non au chef de l'Etat. Ce point revêtait pourtant une importance sensible pour conditionner l'équilibre entre les deux têtes de l'Exécutif²³.

La Constitution de Weimar, encore, ne réglait pas elle-même la question du contreseing de l'acte présidentiel de nomination et surtout de révocation du chancelier. Or, par application de la *lex generalis* posée à l'article 50 de cette Constitution, il aurait fallu que le Chancelier

¹⁷ Il en allait de même dans les constitutions de 1875 (sauf pour le Sénat) et 1946, au rebours de celles de 1791 à 1852 incluses.

¹⁸ Même si, dans ce dernier cas, elle sujette sur ce point précis à un infléchissement législatif (v. infra).

¹⁹ Art. 73 : « Le régime législatif et l'organisation administrative des départements d'Outre-Mer peuvent faire l'objet de mesures d'adaptation nécessitées par leur situation particulière. »

²⁰ L'article 74 initial de cette même constitution était de facture comparable. Sa nouvelle rédaction, suite à la révision du 28 mars 2003, tente, en apparence du moins, d'encadrer nettement la compétence du législateur organique.

²¹ Ainsi typiquement l'article 1, al. 1^{er}, 1^{ère} phrase de la Constitution française dans sa version actuelle.

²² G. Vedel avait relevé ce point (pour s'en alarmer), dans sa préface à la réédition de la thèse de Charles Eisenmann (*La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche* [1928], Economica, 1986, p. XII-XIII).

²³ Cependant, il est arrivé que le chef de l'Etat (Ebert) présidât le conseil pendant la crise de 1923 ; il ne semble toutefois pas que cela se soit reproduit sous Hindenburg, même pendant la phase des cabinets présidentiels de 1930-1933.

sortant contresigne lui-même sa propre révocation, au risque de pouvoir bloquer la nomination de son successeur. Ce point ne fut finalement réglé que par la loi du 27 mars 1930 sur le statut des ministres : elle confia au nouveau Chancelier le soin de contresigner le décret mettant fin aux fonctions de son prédécesseur et le nommant dans ses fonctions²⁴.

D) L'ajout d'une règle en terrain vierge

Il convient sans doute de distinguer une dernière hypothèse, celle d'une norme infra-constitutionnelle adoptée dans un champ jusque-là non réglementé mais qui, à la différence de l'hypothèse précédente, était tel parce que la question ne se posait pas aux yeux des constituants : elle n'était pas, à l'origine, un problème logiquement induit par le cadre juridique posé, lequel pouvait fonctionner sans ce champ nouveau.

On peut ici mentionner le décret n°64-46 du 14 janvier 1964 relatif aux forces aériennes stratégiques, attribuant compétence au président de la République pour déclencher l'arme atomique²⁵. En R.F.A., c'est par la loi fédérale (ordinaire) de 1951 sur la Cour constitutionnelle fédérale que fut instauré le si important mécanisme du recours constitutionnel individuel pour violation d'un droit fondamental (*Verfassungsbeschwerde*), qui a démultiplié les possibilités de saisine de la nouvelle juridiction (il représente depuis longtemps plus de 90% des décisions de la Cour), alors que ce recours ne figurait pas à l'origine dans la liste de ses compétences énoncée par la Loi fondamentale²⁶.

Toujours en Allemagne, la loi fédérale du 18 mars 2005 fixe les règles relatives à la participation du Bundestag à la décision d'engager les forces armées à l'étranger alors que cette question était taboue depuis 1955 lorsque la R.F.A., devenue quasi souveraine, s'était dotée d'une armée mais se retenait de la faire intervenir à l'extérieur du territoire. Devant la multiplication des opérations de police internationale sous l'égide de l'O.T.A.N. et de l'O.N.U. auxquelles l'Allemagne réunifiée décida progressivement de participer, la Cour constitutionnelle fédérale avait posé de façon totalement prétorienne (arrêt du 20 juillet 1994) que le Gouvernement fédéral ne pourrait engager les troupes qu'après accord formel du Bundestag. La loi de 2005 norme ainsi un domaine constitutionnellement vierge (au point de vue formel), même si cette concrétisation textuelle a fait suite à une concrétisation jurisprudentielle.

III. Les types d'effets des normes infra-constitutionnelles de concrétisation

Il faut à présent se demander quels types d'effets les normes infra-constitutionnelles peuvent produire.

A) Préciser ou rendre opératoire un énoncé du texte formellement constitutionnel ?

Dans nombre de cas, les normes infra-constitutionnelles peuvent sans doute être considérées comme des compléments à la constitution formelle, dont elles précisent les dispositions

²⁴ Les lois constitutionnelles de 1875 étaient pareillement muettes sur ce problème – à l'inverse de l'art. 67 de la Constitution de 1848 qui dispensait l'acte présidentiel de l'obligation de contresigner comme le fera celle de 1958). La difficulté fut tournée en 1877 : le décret mettant fin aux fonctions de Jules Simon et nommant le duc de Broglie fut contresigné par le ministre des affaires étrangères, le duc Decazes, qui faisait partie du cabinet sortant et conservait ses fonctions dans le nouveau.

²⁵ Remplacé par le décret n°96-520 du 12 juin 1996, abrogé en 2007 et devenu l'art. R-1411-5 du Code de la défense.

²⁶ Le principe fut finalement inséré dans celle-ci en 1969 (art. 93, al. 4a et 4b LF) mais ses modalités opératoires restent contenues dans la loi ordinaire.

presque toujours affectées d'un caractère de généralité plus ou moins important. Compléter, préciser : tel est, en général, ce que la doctrine retient des normes infra-constitutionnelles.

Mais on ne saurait raisonnablement s'en tenir à cette seule idée. Il arrive en effet que les normes infra-constitutionnelles fassent davantage que compléter des dispositions formellement constitutionnelles. Leur effet va bien au-delà : ce sont elles qui rendent opératoires des énoncés constitutionnels qui ne sont pas toujours, loin s'en faut, applicables directement par eux-mêmes et, faute de normes de concrétisation, resteraient lettre morte.

Il en a été ainsi de la Cour constitutionnelle italienne, dont la loi d'organisation ne fut adoptée qu'en 1953 et qui ne fut installée qu'en 1956. Dans le cas de la France, le nouveau mécanisme de responsabilité du président de la République pour manquement à ses devoirs introduit par la révision du 23 février 2007 ne fut rendu opératoire qu'à partir de la loi organique n°2014-1392 du 24 novembre 2014, soit plus de sept ans plus tard²⁷. De même pour le mécanisme du référendum d'initiative partagée instauré en 2008 à l'article 11, al. 3 à 6, qui dut attendre la loi organique du 6 décembre 2013.

B) Infléchir une norme constitutionnelle

Il est des situations dans lesquelles les normes infra-constitutionnelles ne s'inscrivent pas dans le prolongement de normes formellement constitutionnelles. Ce sont les cas les plus intéressants.

On peut évoquer le cas, un peu spécifique, de normes infra-constitutionnelles antérieures à l'adoption d'une constitution formelle mais qui, n'étant pas abrogées, peuvent infléchir la portée de celle-ci. Ainsi de la loi des 27 avril - 25 mai 1791 sur l'organisation du ministère, restée en vigueur après l'entrée en vigueur de la Constitution du 3 septembre 1791²⁸. En conférant à l'Assemblée notamment la faculté de déclarer qu'un ministre a « perdu la confiance de la Nation », cette loi a subverti le mécanisme de mise en jeu de la responsabilité constitutionnelle (i.e. pour faute) des ministres tel qu'il était réglé, de façon restrictive, par la Constitution²⁹. Elle fut un instrument permettant à l'Assemblée d'attaquer politiquement les ministres de Louis XVI et de fausser l'indépendance officiellement proclamée du pouvoir exécutif.

Le Second Empire offre ensuite un cas intéressant : plusieurs décrets impériaux amorcèrent la transformation libérale de la Constitution de 1852 en accroissant les pouvoirs du Corps législatif³⁰ avant même que des sénatus-consultes (qui avaient valeur de lois constitutionnelles) ne modifiassent celle-ci jusqu'à l'adoption de l'ultime révision du 21 mai 1870. Ces textes infra-constitutionnels étaient plus importants que certains sénatus-consultes adoptés à la même époque (ainsi celui du 2 février 1861 sur les compte rendus des débats dans les chambres).

Plus près de nous, et de portée moins dramatique, on peut citer l'article 12 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, qui

²⁷ Pour une tentative de montrer que le mécanisme de destitution du président serait applicable en l'absence de loi organique, v. O. Beaud, « La mise en œuvre de la responsabilité politique du président de la République française peut-elle être paralysée par l'absence de la loi organique prévue par l'article 68 ? », in *La responsabilité du chef de l'Etat en droit comparé, Société de législation comparée*, 2009, p. 149-184.

²⁸ L'avant-dernier alinéa du dernier article de la Constitution de 1791 disposait expressément que « les décrets rendus par l'Assemblée Nationale constituante, qui ne sont pas compris dans l'Acte de Constitution, seront exécutés comme lois (...) ». En l'occurrence, le décret avait déjà reçu la sanction du roi.

²⁹ De même son article 33 précisait qu'« un décret du corps législatif prononçant qu'il y a lieu à accusation contre un ministre, suspendra celui-ci de ses fonctions ». Dès lors, il était facile à l'Assemblée d'éloigner un ministre de son poste avant même qu'il ne soit jugé.

³⁰ Ainsi en particulier celui du 24 novembre 1860 rétablissant notamment l'Adresse, celui du 3 février 1861, qui règle de façon nouvelle les rapports du Sénat et du Corps législatif avec l'Empereur et le Conseil d'Etat, ou encore celui du 23 juin 1863 supprimant les ministres sans portefeuille et confiant leurs attributions au ministre d'Etat.

infléchit la règle nette posée à l'article 56, al. 1^{er} (1^{ère} phrase) de la Constitution formelle concernant la durée des fonctions de membre nommé du Conseil³¹. Si ce texte, élaboré par ordonnance du Gouvernement en habilitation de l'article 92 de la Constitution avait été soumis comme toute loi organique au Conseil, celui-ci aurait dû, en bonne logique formelle, le censurer.

Les règlements des assemblées parlementaires offrent quantité d'illustrations de la capacité de normes infra-constitutionnelles à infléchir la portée d'une disposition formellement constitutionnelle. Ainsi le règlement du Reichstag de la République de Weimar a concrétisé de manière très particulière le principe de la responsabilité politique du gouvernement devant le Parlement censément rationalisé par l'article 54 de la Constitution³². En réalité, n'était rationalisée que l'obligation de démissionner des membres du gouvernement en cas de vote exprès de défiance, sans que les modalités exactes de celle-ci soient précisément définies. En outre et surtout, l'article 54 formulait un principe positif de confiance qui, lui, n'était pas du tout rationalisé. Or, manquant d'expérience et, pour une part d'entre elle, d'enthousiasme (si l'on peut dire) pour le parlementarisme, la classe politique allemande fut réticente à concrétiser positivement ce principe. Le règlement du Reichstag, élaboré seulement en 1922, n'imposa pas un vote de confiance obligatoire pour tout nouveau cabinet. On se contentait en pratique d'une motion facultative. Les normes générales posées par la Constitution sous-tendaient un jeu relationnel ouvert, et le règlement du Reichstag a donc concrétisé l'article 54 dans le sens d'un parlementarisme simplement négatif. Plus encore, devant les dysfonctionnements du parlementarisme weimarien, le Reichstag supprima le 9 février 1931 de son règlement toute possibilité de proposer une motion exprimant la confiance au cabinet³³. C'était un pas de plus facilitant la déparlementarisation totale qui culmina en 1932-1933 et se termina par l'appel inconsidéré à Hitler à la chancellerie du Reich.

De portée moins dramatique mais tout de même importante, on notera que le règlement du Bundestag de 1949 prescrit le scrutin à bulletins secrets pour l'élection du chancelier ainsi que les votes sur des motions de censure et de confiance (au motif bien contestable qu'il s'agit d'un vote sur une personne), ce qui est une dénaturation de la logique relationnelle induite par la responsabilité politique (fonction élective, défiance et confiance), laquelle doit être publique, du moins dans une perspective démocratique, vis-à-vis des électeurs. Il arrive donc qu'un chancelier soit élu avec moins de voix que le nombre de sièges contrôlés par les groupes de sa coalition et, plus fâcheux, un épisode célèbre, en 1972, a vu la motion de défiance constructive contre le chancelier Brandt échouer à deux voix près : des députés d'opposition, sans doute stipendiés par la police politique de R.D.A., avaient, grâce au scrutin secret, voté contre les consignes de leur leader.

En Italie, les règlements des assemblées jouent également un rôle majeur infléchissant le jeu relationnel entre parlement et gouvernement, dans des sens d'ailleurs successivement différents. En 1971, le vote secret fut étendu dans le but avéré de favoriser, mais de manière discrète, l'association du parti communiste aux partis « bourgeois » (le compromis historique).

³¹ « Les membres du Conseil constitutionnel désignés en remplacement de ceux dont les fonctions ont pris fin avant leur terme normal achèvent le mandat de ceux qu'ils remplacent. A l'expiration de ce mandat, ils peuvent être nommés comme membres du Conseil constitutionnel s'ils ont occupé ces fonctions de remplacement moins de trois ans. »

³² Cet article disposait : « Le Chancelier du Reich et les ministres ont besoin de la confiance du Reichstag pour exercer leurs fonctions. Chacun d'eux doit démissionner si le Reichstag lui retire sa confiance par un vote exprès. »

³³ La nouvelle version du règlement (§ 54, al. 2) disposait ainsi : « Une motion visant à établir que le chancelier, le gouvernement ou un membre individuel du gouvernement possède ou non la confiance exigée par l'article 54 de la Constitution ne peut être introduite que dans la formulation suivante : "Le Reichstag retire sa confiance au Chancelier (au Gouvernement, au Ministre)" ». Le même jour, la procédure des interpellations (§ 55) était rendue plus restrictive.

Il fut réduit en 1987 afin de limiter le rôle des « francs-tireurs » de la majorité officielle qui fragilisaient le gouvernement. Au-delà des règlements parlementaires, plusieurs modifications de la loi sur la présidence du conseil, prise en habilitation de l'article 95, al. 3 de la Constitution formelle³⁴, ont tenté de contribuer à renforcer la position du président du conseil sur les ministres.

C) Neutraliser des normes constitutionnelles

Plus qu'un infléchissement, certaines normes infra-constitutionnelles aboutissent à une véritable neutralisation de normes formellement constitutionnelles. Cela peut tenir d'abord à une absence d'adoption d'une norme de concrétisation. On a évoqué plus haut des cas d'inaction du législateur pourtant dûment habilité mais qui tarda à adopter la loi de concrétisation permettant l'installation d'une institution (deux ans pour la Cour constitutionnelle fédérale allemande, en 1951, six ans pour la Corte costituzionale italienne, son installation réelle étant même repoussée de trois ans supplémentaires) ou d'un mécanisme (ainsi en France après les révisions constitutionnelles de 2007 et 2008 déjà citées).

Mais plus remarquable est la neutralisation d'une norme constitutionnelle par la modification d'une norme infra-constitutionnelle existante. Bryce et Jellinek l'avaient noté jadis en liaison avec le concept de mutation constitutionnelle (ou changement informel de la constitution formelle)³⁵. Il est un cas récent particulièrement exemplatif de cette situation : en Pologne, la majorité gouvernementale est parvenue depuis 2015 à neutraliser le fonctionnement de la Cour constitutionnelle simplement en modifiant sur différents points (l'âge de départ à la retraite des juges, le quorum pour censurer une loi, etc.) la loi (ordinaire) sur l'organisation de cette dernière. On pourrait en dire de même sur la concrétisation des articles du Titre XII de la Constitution française tels qu'ils résultent de la révision du 28 mars 2003³⁶.

IV. Une supériorité de fait des normes « infra-constitutionnelles »

Toutes les constitutions formelles et rigides requièrent, à des degrés divers, des opérations de concrétisation par d'autres textes, formellement inférieurs mais pratiquement décisifs. Concrétiser signifie alors « rendre plus concrets » les articles constitutionnels mais cela implique déjà quantité de normations, c'est-à-dire de véritables créations de normes nouvelles. On peut parler de législation constitutionnelle secondaire et ce (à quelques exceptions près), d'abord au plan temporel : elle vient après l'émission des énoncés normatifs ou à prétention normative au niveau de la loi constitutionnelle « supérieure ». Mais surtout, en ajoutant des dispositions opératoires, elles rendent ces normes formellement constitutionnelles concrètement applicables, elles dépassent ce que l'on a pour habitude de désigner comme une *application* de la norme première, elles les *concrétisent* donc. De ce point de vue, elles revêtent une sorte de supériorité pratique pour les opérateurs du droit. Elles sont donc, sous ce rapport, supérieures aux énoncés de la constitution formelle. Si l'on analyse exclusivement leur relation en termes de validité technique, elles demeurent bien sûr, inférieures aux normes

³⁴ « La loi veille à l'organisation de la présidence du Conseil et détermine le nombre, les attributions et l'organisation des ministères. » On observera qu'il s'agit d'une habilitation de pure compétence, ne fixant aucune contrainte de fond sur les quatre points qu'elle évoque.

³⁵ A. Le Divellec, « A la recherche du (ou d'un) concept de mutation constitutionnelle ou : les mystères de la notion de constitution », in *Les mutations constitutionnelles*, Société de Législation comparée, Coll. Colloques", vol. 20, 2013, p. 17-46.

³⁶ Alain Delcamp (*RFDC*, n°100, 2014, p. 865-877) a signalé combien la révision constitutionnelle de 2003 avait été vidée de sa substance par les lois qui l'ont concrétisée.

formellement constitutionnelles. Si l'on prend en considération l'effectivité concrète, la hiérarchie s'inverse.

Un constitutionnaliste suisse a pu récemment s'interroger sur le terme idoine : « le terme d'application est (...) inexact, parce qu'il donne à penser que l'étalon appliqué (la norme) n'est pas touché par l'acte d'application : celui de "concrétisation" (...) n'est pas non plus satisfaisant dans notre culture où le "concret" est le plus souvent perçu comme la manifestation empirique de l' "abstrait" ..»³⁷. L'auteur préfère le terme d'actualisation, car il met l'accent sur « l'activité qui consiste à donner sens à ce qui était auparavant simple projet » et permet de privilégier « le développement diachronique du droit »³⁸.

Nous préférons pour notre part le terme de concrétisation, bien qu'il soit imparfait.

En tout état de cause, il convient peut-être de considérer qu'une bonne pédagogie de la notion de constitution gagnerait à compléter le discours habituel, inlassablement répété, sur la prétendue suprématie de la constitution formelle-rigide (ce qui est aujourd'hui, et de loin, le cas le plus fréquent), par la considération que c'est la notion matérielle (au sens normatif) qui est la plus importante³⁹.

Et ajouter qu'une constitution formelle ne peut guère être considérée comme véritablement normative sans les textes complémentaires, dits « infra-constitutionnels » (terme finalement impropre si l'on ne se limite pas à la vision formelle) ou plutôt tous les textes matériellement constitutionnels qui, pour la plus grande part, font advenir la normativité. Ces considérations confirment, si l'on en doutait encore, qu'une constitution formelle n'est, en toute hypothèse, qu'un cadre, un point de départ vers un ordre constitutionnel pleinement normatif grâce notamment à la législation « secondaire » de concrétisation.

Une telle thèse n'est pas uniquement théorique et abstraite. Elle présente un intérêt pratique marqué : les réformateurs constitutionnels (qui sont légions dans notre pays) pourraient s'aviser qu'il n'est, dans bien des cas, nul besoin de modifier le texte de la constitution formelle pour parvenir à une réforme du droit positif pratique. Des modifications des textes « infra-constitutionnels » sont souvent suffisants pour ce faire, du moins sous réserve que le juge constitutionnel n'outrepasse pas sa mission et n'érige pas, de manière prétorienne, de nouvelles barrières normatives de niveau supérieur, que ce soit au législateur organique ou ordinaire ou bien aux règlements des assemblées. Il est vrai qu'un tel *desiderata* n'est pas toujours suivi⁴⁰.

Il resterait bien sûr à compléter ce point de vue – comment faire advenir une constitution réellement normative ? – par le problème encore plus délicat de la concrétisation pratique et réelle de tout cet ensemble de normes (ou d'énoncés à prétention normative). C'est le vaste problème de l'interprétation et des pratiques.

Lorsque Benjamin Constant rétorquait à Daunou en 1796 : « La constitution... et tout ce qu'il faut pour la faire marcher ! », il songeait sûrement à plusieurs choses, notamment des pratiques interprétatives (pouvant devenir des conventions de la constitution), on ajouterait aujourd'hui la jurisprudence, mais aussi sans doute à des textes complémentaires sans lesquels, en effet, aucune constitution formelle ne pourrait « marcher », c'est-à-dire fonctionner pratiquement.

³⁷ Pierre Moor, « Réflexions autour du concept de constitution », *Revue de droit suisse (ZSR)*, 2008, I, p. 207-227 (216-217).

³⁸ La conclusion, observe-t-il, est analogue chez Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Francfort s. M., Suhrkamp, 2^e éd. 1994, p. 57 et suiv.

³⁹ Aussi est-ce à juste titre que Maurice Hauriou n'omettait pas de mentionner « la légalité ordinaire comme élément de la constitution » (*Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 2^e éd. 1930, p. 74), offrant ainsi une vision plus complète de ce que comprend cette notion cardinale.

⁴⁰ Comme en témoignent de nombreux exemples (v. par ex. L. Favoreu, « Le Parlement constituant et le juge constitutionnel », *Mélanges Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, p. 239-242).

Sa formule, alors polémique sans doute, mais surtout profonde, fut reprise, on l'a rarement remarqué, dans les constitutions bonapartistes de l'an X (1802) et de 1852, et confiées explicitement à un organe spécifié. Les articles respectivement 54 et 27 de ces constitutions disposaient que « Le Sénat⁴¹] règle par un sénatus-consulte : (...) 2° tout ce qui n'a pas été prévu par la Constitution et qui est nécessaire à sa marche ».

Le rôle servile et quasiment insignifiant joué en pratique par ces deux sénats napoléoniens ne doit pas faire oublier la pertinence d'une telle disposition identique des deux textes constitutionnels.

Quantité d'éléments sont encore nécessaires pour « faire marcher une constitution ». Mais on aurait tort de limiter l'opération constituante à l'adoption de la seule constitution formelle et de négliger la concrétisation normative textuelle qui en est presque toujours le complément indispensable. Dans bien des cas, elle revêt une portée plus grande que les dispositions de la constitution formelle elles-mêmes.

Armel Le Divellec

⁴¹ Sénat conservateur en l'An X.