DE QUELQUES FACETTES DU CONCEPT JURIDIQUE DE CONSTITUTION

ESSAI DE CLARIFICATION SÉMANTIQUE

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

Il est d'étranges figures, irritantes, inquiétantes, des sortes de monstres même, que l'on rencontre dans le monde de la science juridique : ce sont certaines notions centrales pour les juristes (la doctrine comme les praticiens) mais dont une compréhension tantôt incertaine, tantôt excessivement réductrice, tantôt même erronée s'est imposée de manière subreptice. N'étant plus vraiment réinterrogées, elles gisent dans les allées et les recoins du champ discursif, des débats, des enseignements, formant *nolens volens* une « vulgate », parfois même en dépit de tous les travaux savants ayant établi avec force leur caractère incertain, voire, à l'extrême, leur inanité. « Séparation des pouvoirs » en est un monstrueux exemple ; « Représentation » également. « Constitution » en est un autre et pas le moindre[1].

1. Par euphémisme, C. Grewe et H. Ruiz-Fabri ont pu écrire que « la constitution fait partie des notions faussement claires de la science juridique » (*Droits constitutionnels européens*, PUF, 1995, p. 33).

PENSER_DROIT_PARTIR_CS6_pc.indd 727 30/07/2018 11:24:04

I. – **Bonjour tristesse !**

Le terme qui, en France, après avoir été l'un des principaux mots d'ordre déclenchant la Révolution (Serment du jeu de Paume du 20 juin 1789), a donné son nom à la discipline académique progressivement née, à partir du premier tiers du XIXe siècle avec la création, en 1834, de la première chaire à la Faculté de droit de Paris, a beau être cité et utilisé massivement aujourd'hui, il est victime non seulement de malentendus, d'imprécisions, mais bien de fâcheuses incohérences sur son sens ou plutôt, comme on le verra, ses sens.

Commençons par relever cette sorte de schizophrénie de la doctrine (juridique) contemporaine — pas seulement française, il est vrai : d'un côté, elle apparaît comme hypnotisée par l'idée de constitution entendue comme une loi écrite supérieure (« suprême », fondamentale) ; au point de tendre à réserver le mot constitution à ce seul sens, pourtant étroit. Mais, dans le même temps, la doctrine utilise, sans crier gare, le même mot pour désigner autre chose, quelque chose de plus large, pas toujours avec précision, mais qui confine parfois à la notion de système politique[2].

Dans le même ordre d'idées, les analystes sont fréquemment portés à opposer plus ou moins ouvertement une constitution « au sens juridique » et une constitution « au sens politique ». Il nous semble qu'une telle distinction est très largement illusoire et introuvable. « Droit » et « politique » ne sont sans doute pas deux substances chimiquement pures que l'on pourrait aisément distinguer et séparer, pas même après un temps de décantation comme, par exemple, l'huile et le vinaigre[3].

Quoi qu'il en soit, l'objet de la présente contribution n'est pas de discuter ce problème-là, d'ailleurs complexe puisqu'il renvoie pour partie aux différentes approches doctrinales possibles (par exemple une approche principalement par les normes ou bien principalement par les institutions) — qui, du moment qu'elles sont solidement argumentées (elles ne le sont, hélas, pas toujours) sont, chacune, légitimes. Il s'agira plus modestement, dans ce qui suit, de pointer certaines incertitudes du discours savant dominant des juristes contemporains sur le concept de constitution[4] et de proposer quelques clarifications sémantiques qui, à des fins au

2. À moins que — logique avec elle-même ou bien par scrupule ? —, elle ne recoure dans ce dernier cas à une périphrase ou à un substitut imprécis consistant à parler des « institutions » plutôt que de la « constitution ».

3. C'est ce que voudrait traduire, à nos yeux, l'expression, à première vue curieuse, de « droit politique », qui paraît avoir tout de l'*oxymoron* mais, en vérité, exprime la spécificité irréductible de l'objet auquel il se rapporte : un droit fabriqué par ceux-là même auxquels il s'applique, sur le terrain particulier du pouvoir politique ultime.

4. Concept (ou notion) *juridique*, s'entend. La question de savoir à partir de quand il est possible de parler d'une notion juridique de constitution est un problème en soi. L'auteur de ces lignes penche nettement en faveur d'une solution qui fait remonter très haut dans l'histoire les prodromes d'une telle notion. V. notre article « Le style des constitutions écrites

moins pédagogiques, pourraient leur servir. Ainsi, pour le dire (de manière quelque peu pédante) avec des mots empruntés à Grotius, il sera procédé *etiamsi daremus jus politicum non esse*.

Un fait ne peut manquer de frapper celui qui parcourt les manuels et dictionnaires de droit constitutionnel (en particulier français) : pour présenter le concept de constitution, les juristes sont obligés de recourir à des distinctions qui aboutissent à une série de définitions au sein desquelles on retrouve presque toujours au moins les syntagmes suivants : constitution écrite, formelle, matérielle, souple, rigide. Ces distinctions sont, en l'occurrence, effectivement indispensables pour déchiffrer le droit positif, si bien que, même dans une perspective relativement restreinte (purement technicienne si l'on peut dire), même en occultant une bonne part de la complexité du phénomène constitutionnel, il faut commencer par relever que le concept de constitution lui-même est multiface, revêt une pluralité de facettes et donc de sens[5]. Pour autant, ces termes sont-ils aujourd'hui définis de manière suffisamment satisfaisante pour permettre sinon des réflexions et débats un peu poussés, du moins une communication intellectuelle rudimentaire ? Il est permis d'en douter. Sous ce rapport, la situation n'a pas tellement changé depuis l'entre-deux-guerres, alors qu'un tel déficit de travail théorique était déploré tant en Allemagne, par Carl Schmitt[6] (*horresco referens*), qu'en France par Pierre Duclos[7]. C'est pourquoi un bref retour sur les principales définitions actuellement employées de façon courante, et qui sont comme autant de facettes de la notion juridique de constitution, doit être entrepris.

Ce faisant, on trahit dès à présent l'ambition de cette courte étude, mais il est permis de la formuler à la manière d'une romancière célèbre : *sur ces phénomènes souvent mal connus d'organisation et d'encadrement juridique du pouvoir politique, dont la complexité m'obsède, je n'hésite guère à apposer le nom, le beau nom grave de constitution*. Autrement dit, la notion juridique de constitution ne devrait pas être limitée au sens unique et canonique

---

modernes. Une esquisse sur les trois types de l'écriture constitutionnelle (XVII^e^-XX^e^ siècles) », *Jus Politicum*, n° 10, été 2013 et Dalloz, vol. V, 2013, p. 131-160.

5. Le terme de constitution comporte « une pluralité impressionnante de dimensions et de sens », écrivent très justement C. Grewe et H. Ruiz-Fabri (*ibid.*). Mais nous ne saurions suivre ces éminentes auteures lorsqu'elles ajoutent que « le seul dénominateur commun (au concept) semble résider dans la supériorité et la stabilité particulières de ce texte ».

6. Qui affirmait : « il règne actuellement une extrême confusion dans les expressions et conceptualisations en usage » (*Théorie de la constitution* [1928], trad. fr. L. Deroche, PUF, 1993, p. 142).

7. « La notion de constitution, malgré les travaux d'auteurs éminents, est loin d'être parfaitement définie. (...) Si l'on cherche à préciser ce que les juristes mettent actuellement sous le mot "constitution", la diversité des définitions ne manque pas de surprendre ». (*La notion de constitution dans l'œuvre de l'Assemblée constituante de 1789,* Dalloz, 1932, p. 2-3).

auquel on la réduit trop souvent ; elle est intrinsèquement plurielle, comprend plusieurs facettes qui, toutes ensembles, la composent.

II. – Constitution coutumière et constitution écrite : une fausse opposition

Tous les premiers manuels français de droit constitutionnel, publiés à la fin du XIXe siècle, structuraient leurs développements relatifs à la notion de constitution autour d'une *summa divisio*, la distinction entre les « constitutions coutumières » et les « constitutions écrites »[8]. Les auteurs anglo-saxons emploient quant à eux plus volontiers la formule *unwritten/written constitution*. Derrière cette opposition classique entre le *jus non scriptum* et le *jus scriptum* se profilait, en ce qui concerne le second terme, l'idée de constitution formelle, c'est-à-dire de texte unique solennel, mais le vocabulaire académique privilégiera encore longtemps le terme « écrit » plutôt que « formel », comme on le verra. Et, en réalité, les auteurs adoptent alors une conception qui assimile la constitution écrite à une loi (fût-elle d'un genre spécial)[9].

Quoi qu'il en soit, même si elle paraît exprimer une sorte d'évidence, cette opposition est relativement abstraite et relève, au mieux, d'une opposition en termes d'idéaux-types (lesquels n'ont pas besoin d'être réalisés à l'état parfaitement pur) ; elle n'a jamais été tout à fait vraie à l'époque moderne, puisque même la Constitution britannique, toujours désignée comme l'exemple même (pour ne pas dire : le « plus pur ») du type

8. Ainsi par exemple, chez Théophile Aumaître, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Pichon, 1890, p. 6-7. Sur ses contemporains, v. E. Lemaire, « La notion de Constitution dans la doctrine constitutionnelle préclassique de la Troisième République (1870-1896) », *in* A. Le Divellec (dir *La notion de constitution dans la doctrine constitutionnelle de la IIIe République*, éd. Panthéon-Assas, à paraître. Esmein, lui, consacre dans ses *Éléments de droit constitutionnel* (Larose, 1896, p. 391-428) un chapitre entier (encore que relativement court) intitulé « théorie générale des constitutions écrites », dans lequel il oppose systématiquement le type « écrit » au type « coutumier ». Cette *summa divisio* s'est longtemps maintenue : ainsi encore chez Georges Burdeau (*Manuel de droit constitutionnel,* LGDJ, 1947, p. 38-43, passage conservé à l'identique dans la 18e éd., 1977, p. 61-66), chez Maurice Duverger (*Manuel de Droit constitutionnel et de science politique*, PUF, 1948, p. 190 et s.), chez Marcel Prélot (*Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, 1957, p. 189 s., repris sans modification dans la 8e éd. de 1980 par J. Boulouis) et André Hauriou (*Droit constitutionnel et institutions politiques*, 2e éd., Montchrestien, 1967, p. 268-277). Plus récemment : B. Chantebout, *Droit constitutionnel*, 32e éd., A. Colin, 2015, p. 24-25.

9. Le terme est fréquent chez les auteurs avant 1870. Ainsi, parmi bien d'autres : « loi constitutionnelle » pour Jean-Baptiste J. Paillet, *Droit public français ou histoire des institutions politiques*, Paris, 1822, p. 736 ; « ces lois générales qui fixent le droit politique dans tout son ensemble, et que notre langue moderne désigne sous les noms de lois fondamentales, chartes, constitutions », écrit Ortolan (*Cours public d'histoire du droit politique et constitutionnel*, Paris, Fanjat, 1831, p. 23) ; « la constitution est la loi des pays libres », formule Pellegrino Rossi (*Cours de droit constitutionnel* [éd. 1866], rééd. Dalloz, 2012, p. 8) ; « La constitution est une loi », renchérit Félix Berriat-Saint-Prix (*Théorie du droit constitutionnel français*, Paris, Videcoq, 1851, § 4, p. 2).

coutumier, comprenait depuis longtemps certains textes, en particulier depuis la Glorieuse Révolution de 1688[10].

Elle est, aujourd'hui, moins pertinente que jamais dès lors que non seulement la quasi-totalité des pays favorisent presque systématiquement l'écrit en matière constitutionnelle, mais encore parce que le Royaume-Uni lui-même a multiplié, notamment depuis vingt ans, les lois écrites pour régler nouvellement telle ou telle partie de son droit constitutionnel, quitte à modifier parfois des coutumes[11]. Il serait temps de prendre conscience qu'une bonne part de la Constitution britannique est aujourd'hui « écrite » ; les prescriptions textuelles relatives aux organes et procédures constitutionnels (sans parler de la question des droits et libertés individuelles) se multiplient, au point que l'on pourrait colliger toutes ces dispositions, actuellement dispersées en de multiples textes, au sein d'un document unique, qui, à peu de choses près, égalerait les constitutions formelles que connaissent la plupart des autres pays[12]. Empressons-nous toutefois de préciser qu'une telle opération n'est pas souhaitable (Albion doit rester Albion...) et, surtout, de rappeler que la vénérable Constitution britannique, en réalité, reste encore largement d'esprit coutumier, et ce point est tout sauf secondaire. Cependant, il n'en demeure pas moins que les règles écrites, d'une incontestable juridicité, sont désormais extrêmement nombreuses outre-Manche et que, dès lors, se contenter de la désigner simplement comme une « constitution coutumière » n'est plus exact.

Au fond, le plus contestable dans la présentation habituelle du couple constitution coutumière/constitution écrite est qu'il est formulé en termes d'alternative ; l'une exclurait, suggère-t-on, l'autre. Or, rien n'est moins sûr, comme l'atteste non seulement l'exemple anglais, mais également celui de ses principaux épigones directs : le Canada, l'Australie, l'Irlande et même la Nouvelle-Zélande possèdent, au contraire (en apparence) de la mère-patrie, une « constitution écrite » (et même une « constitution formelle », comme on le verra plus loin), mais celle-ci se combine avec l'esprit coutumier hérité de Westminster[13]. Ces textes n'ont pas la (folle et illusoire)

10. Comme l'avait déjà relevé, entre autres, James Bryce, dans son article « Constitutions souples et constitutions rigides », paru en 1884 (publié en traduction française dans *Jus Politicum*, n° 11 en ligne). Il proposait d'ailleurs plutôt de parler de « Constitutions de *Common Law* et Constitutions de droit écrit (*Statutory Constitution*) », tout en précisant que cette classification était elle-même insuffisante.

11. Ainsi pour le droit de dissolution et la responsabilité politique du cabinet devant la Chambre des communes, v. notre article : « Un tournant de la culture constitutionnelle britannique : le *Fixed-Term Parliaments Act 2011* et l'amorce inédite de rationalisation du système parlementaire de gouvernement au Royaume-Uni », *Jus Politicum*, n° 7 en ligne et Dalloz, vol. V, 2013, p. 269-280.

12. Ce qu'esquisse, d'une certaine manière, le *Cabinet* Manual élaboré depuis les années 1990.

13. L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867, qui fait office de Constitution fédérale pour le Canada, ne dispose-t-il d'ailleurs pas, dans son Préambule, que l'Union fédérale ainsi créée adopte « une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du

prétention à la complétude mais tentent de s'articuler aux règles coutumières préexistantes[14]. Et la cohabitation entre les règles écrites et l'esprit coutumier laisse subsister quantité de questions juridiques ouvertes[15].

En sens inverse, si l'on peut dire, cette présentation en terme d'alternative présente encore ce grand inconvénient d'occulter la question fondamentale de savoir si les juristes doivent admettre (ou non) qu'il existe (ou peut exister) des normes juridiques non écrites dans un ordre constitutionnel essentiellement fondé sur l'écrit. On sait que la doctrine française majoritaire (comme la doctrine d'esprit européen continental en général), dans une large mesure, y répugne. Mais cette répugnance relève le plus souvent d'une pétition de principe.

Maurice Hauriou est l'un des rares auteurs qui semble avoir perçu le problème. Il écrit, dans la seconde édition de ses *Principes de droit public*[16] : « En fait, (...) même après l'introduction de la Constitution [N.B. : Hauriou veut dire ici : un texte constitutionnel], il continue d'y avoir des pratiques de gouvernement qui deviennent des pratiques constitutionnelles et qui sont plus ou moins conformes à la loi de la Constitution ». Il poursuit : « Assurément, il est impossible qu'il ne se crée pas des pratiques parlementaires et, par conséquent, il est impossible que le droit constitutionnel ne soit pas en partie composé de coutumes particulières ; d'une part, les lois constitutionnelles sont souvent incomplètes, d'autre part, la vie constitutionnelle exige souvent des modifications qui sont des faussements de la Constitution légale (...) ».

Le maître de Toulouse, finement, comprend que tant les constitutions essentiellement fondées sur des règles écrites que celles essentiellement fondées sur des règles coutumières sont confrontées à un défi commun : celui de la coexistence inévitable entre règles « légales » (loi formelle ou coutumes) et « pratiques particulières des organes gouvernementaux » (il les appelle également « coutumes particulières »)[17]. Quelques années plus tard,

---

Royaume-Uni », ce qui était une manière d'exprimer qu'il fait sien un ensemble de principes structurants extérieurs au texte lui-même.

14. Marcel Prélot avait exhumé naguère (*Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, 1957, p. 204) une citation éclairante d'un jurisconsulte américain, (Ernst) Bruncken (1865-1933) : « Tous les statuts étendus ou restreints, appelés code ou non, ne sont que des modifications à la loi coutumière qui doivent être interprétées avec un constant regard à cette fondation qui les soutient ».

15. Ainsi, parmi d'autres, celle-ci : qu'adviendrait-il si le Parlement du Royaume-Uni abrogeait purement et simplement le *Fixed-Term-Parliaments Act 2011* ? Devrait-on considérer que la règle coutumière en vertu de laquelle la Reine peut (sur avis et avec le contreseing du Premier ministre) dissoudre la Chambre des communes reviendrait à la vie ? Il faudrait la subtilité d'un Jellinek pour, peut-être, admettre, que des « couches de droit (coutumier) » peuvent être enfouies sous l'élément légal ou formel et sont susceptibles de remonter à la surface.

16. Sirey, 1916, p. 682-684 (l'ouvrage, numérisé, est disponible sur le site Gallica de la BNF).

17. Il précise (*op. cit.*, note 1, p. 684) : « J'estime que la question soulevée par Dicey de l'opposition entre la loi de la constitution et les pratiques constitutionnelles est autrement

dans son *Précis de droit constitutionnel*, Hauriou estime que « les pratiques constitutionnelles sont cependant des règles de droit ; si elles ne sont pas sanctionnées par le juge, en revanche, elles le sont très énergiquement par la contrainte de l'opinion des cercles compétents, c'est-à-dire des gens qui participent au jeu constitutionnel »[18].

Dès lors, si l'expression de « constitution coutumière » conserve à la rigueur une certaine valeur pédagogique (pour parler de l'Ancien Régime français, par exemple), c'est au prix de singuliers raccourcis. Aussi une partie de la doctrine anglo-saxonne semble aujourd'hui privilégier le terme de « *uncodified constitution* (constitution non codifiée) » qui, sans être parfait, traduit peut-être moins mal que l'autre (*unwritten constitution*) la coexistence de règles écrites et non écrites.

Le syntagme « constitution écrite », de son côté, ne traduit lui aussi qu'imparfaitement ce pourquoi la doctrine dominante (au moins à partir d'Esmein) l'utilise principalement. Car il faut se demander à partir de quand on doit considérer qu'une constitution est « écrite ». Or, si l'on emploie ce terme, c'est bien pour exprimer qu'il existe davantage que quelques règles constitutionnelles écrites mais dispersées dans divers documents et élaborées sans plan d'ensemble ; on cherche plutôt à désigner un regroupement solennel d'un nombre significatif de règles écrites, pensées de manière un tant soit peu cohérente, dans un document en principe unique (nous verrons des exceptions plus loin), dans le but notamment de marquer leur importance et, implicitement (du moins dans la plupart des cas), avec l'ambition d'une certaine complétude (de ce point de vue, on est proche de l'idée de code, même si elle est très relative pour la matière constitutionnelle). En ce sens, le terme qui conviendrait mieux serait celui de « constitution formelle », dont il sera question plus loin. Mais se contenter de dire qu'une constitution est écrite, sans autre précision, revient à prétendre que le caractère écrit est sa seule propriété et, par la tonalité englobante qui est celle du mot constitution, à exclure qu'elle puisse comprendre des règles autres qu'écrites (ce qui n'est, en réalité, jamais le cas, surtout si l'on postule qu'une constitution ne peut pas comporter de lacune).

---

importante que celle de savoir si la Constitution repose sur une loi écrite ou sur une coutume générale. En effet, la première question intéresse toutes les Constitutions et conduit à traiter des faussements de la Constitution légale par les pratiques parlementaires qui sont un fait universel, tandis que la seconde question n'intéresse à peu près que la Constitution anglaise.

Aussi ne trouvai-je pas très fondée la classification courante en Constitutions écrites et Constitutions coutumières. Il n'y a pas de Constitutions coutumières en ce sens que l'on y admettrait comme source principale du droit constitutionnel les pratiques parlementaires et, malheureusement, c'est ce que semble dire l'expression.

J'estime qu'il vaut mieux partir de l'idée que toutes les Constitutions sont légales, sauf à indiquer le fait anglais de la common law, et puis ensuite distinguer simplement les lois constitutionnelles rigides et celles qui sont souples ».

18. *Précis de droit constitutionnel*, 2e éd., Sirey, 1929, p. 221.

Finalement, un ultime inconvénient de l'usage des termes « constitution coutumière » et « constitution écrite » réside dans le substantif : évoquer la « constitution », c'est implicitement désigner un objet aux contours définis et, en un sens, visible, une sorte d'unité. Or, s'il est bien avéré qu'il peut exister, dans un État donné, des règles constitutionnelles coutumières et des règles constitutionnelles écrites, que leur distinction est réelle et donc doit être exprimée, l'usage du terme « constitution » pour les qualifier introduit une ambiguïté puisqu'il suggère que chacune est un ensemble cohérent et, pis, alternatif de l'autre. Dès lors, il est sans doute préférable d'éviter de l'employer dans ce cas et plus adéquat de parler de « règles » (coutumières ou écrites). Ici, le « beau nom grave » de constitution serait un inconvénient.

Reste néanmoins à trouver une expression adéquate pour qualifier positivement, au sens juridique, la Constitution du Royaume-Uni, ce qui n'est pas aisé. Aujourd'hui comme hier, elle reste un assemblage (pour parler comme Lord Bolingbroke) de principes, de lois écrites et de coutumes (voire de conventions, si du moins on admet leur caractère juridique). Tout au plus pourrait-on dire qu'elle possède, au sens juridique, une constitution imparfaitement ou partiellement formalisée[19].

III. – Constitution matérielle et constitution formelle : un couple dans les brumes

La plupart des manuels et lexiques de droit constitutionnel, à l'époque actuelle, mettent en exergue, lorsqu'ils traitent de la notion de constitution, une distinction entre constitution matérielle et constitution formelle. Cette *summa divisio* a, au fond, remplacé celle évoquée plus haut entre constitution coutumière et constitution écrite qui avait eu longtemps les faveurs de la doctrine. Elle ne commence à apparaître dans les manuels français qu'à partir des années 1920[20], se généralise surtout à partir des années 1960. C'est, semble-t-il, Carré de Malberg qui a introduit ce vocabulaire en France[21], ce qui ne saurait surprendre de la part de ce maître si pénétré de la doctrine juridique allemande. Car il paraît bien que c'est à

19. Il est en revanche tout à fait insuffisant de dire uniquement que le Royaume-Uni possède une constitution matérielle, puisque c'est aussi le cas de tout État organisé par le droit.
20. Elle est encore absente du *Précis élémentaire de droit constitutionnel* de Félix Moreau (1892) et des *Éléments de droit constitutionnel* d'Esmein (1896), ou encore du manuel d'Albert de Lapradelle (*Cours de Droit constitutionnel*, Pédone, 1912). On trouve une première occurrence chez : G. Gidel, *Théorie des constitutions écrites, Répétitions écrites de Droit constitutionnel comparé*, DES de droit public, Les Cours de droit, 1926-1927, p. 15-16 ; J. Barthélémy et P. Duez, *Traité élémentaire de droit constitutionnel*, Dalloz, 1926, p. 186, 2e éd., 1933, p. 184 ; J. Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, 2e éd., Domat-Montchrestien, 1947, not. p. 268-269 et p. 281-282) ; G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1949, not. p. 112-113.
21. *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. II, Sirey, 1922, p. 570 s.

cette dernière que l'on doive la distinction, d'abord formulée à propos de la notion de loi et ce, dès les années 1880[22].

En apparence, les choses sont simples : la constitution au sens juridique peut être appréhendée soit par son objet, son contenu, bref, sa « matière » (approche matérielle), soit par sa « forme » (approche formelle). Pourtant, à y regarder de plus près, il n'y a pas d'unanimité doctrinale sur ces notions de « matière » et de « forme » ; on peut apercevoir derrière ce couple sémantique régulièrement repris en doctrine, plusieurs incertitudes et confusions.

A. – *Le problème de définition de la constitution matérielle*

L'usage, par la doctrine juridique, du terme « constitution matérielle » (ou constitution au sens matériel) est fréquent. Il n'en est pas moins problématique dans la mesure où l'on rencontre plusieurs définitions très différentes de cette expression.

L'un des premiers auteurs à employer ce vocabulaire, Jellinek, écrit en 1887 : « les lois constitutionnelles (*Verfassungsgesetze*) sont matériellement celles qui règlent l'organisation fondamentale de l'État et la délimitation des compétences des organes immédiats de l'État. Dans ce sens, tout État possède des lois constitutionnelles, ou plus précisément des prescriptions juridiques constitutionnelles (*Verfassungsrechtsätze*), qu'elles soient réunies en tout ou partie dans un document constitutionnel ou non »[23]. On peut remarquer que ce premier sens est clairement normatif, mais imprécis sur le type de normes juridiques (il aborde l'idée de constitution par la voie législative — la loi constitutionnelle —, et n'évoque pas explicitement les coutumes). Julien Laferrière faisait de même, tout en étant plus vague en ce qui concerne le champ matériel : il restreignait la notion aux « lois qui ont pour objet de régler les questions relevant du droit constitutionnel »[24].

22. Notamment : E. Seligmann, *Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne,* Berlin-Leipzig, 1886 ; G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, Tubingue, Mohr Siebeck, 1887, p. 262-263 ; A. Haenel, *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, Leipzig, 1888 ; P. Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, Paris, Giard & Brière, t. II, 1901, § 54, p. 260 s. et p. 346. Michael Stolleis (*Histoire du droit public en Allemagne*, t. 2, Dalloz, coll. « Rivages du droit », 2014, p. 342) estime toutefois que cette distinction était déjà connue dans la période du Vormärz (c'est-à-dire avant 1848), ce que confirme un passage du livre sur le droit rationnel du libéral Carl von Rotteck (*Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften*, t. II, 1830, p. 172, cité par Dieter Grimm, *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995, p. 127).

23. *Op. cit.*, p. 262.

24. *Manuel..., op. cit.*, p. 268-269. L'auteur examinait ailleurs la question de la coutume constitutionnelle, mais, on le sait, pour la récuser.

Carré de Malberg, en revanche, définissait la constitution au sens matériel comme « l'ensemble des règles ou prescriptions qui se réfèrent à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics »[25]. Ce sens strictement normatif mais large (il pourrait inclure des coutumes — même si Carré contestait par ailleurs cette possibilité) est repris, en gros, par Vedel, qui commencer toutefois par employer une formule curieuse : il s'agit de « l'ensemble des règles de droit les plus importantes dans l'État », ce qui est pour le moins un peu fruste. Le Doyen se fait toutefois un peu plus précis juste après en indiquant que « sont règles constitutionnelles celles qui déterminent la forme même de l'État (unitaire ou fédéral), la forme de son gouvernement (républicain ou monarchique), les organes qui le dirigent et la manière dont ils sont constitués, les compétences dont ils sont investis, les droits des citoyens »[26].

Mais on trouve également, dans certains manuels, des définitions non strictement normatives de la constitution matérielle[27]. Ainsi celle — la plus générale de toutes — donnée par Maurice Duverger en 1948 : « le mot de constitution (...) au point de vue matériel, (...) s'applique à l'ensemble des institutions politiques d'un pays »[28]. Le Doyen Vedel lui-même laisse échapper une certaine ambiguïté (au regard de sa première définition)[29]. Surtout, un certain nombre d'auteurs, et non des moindres, adoptent une définition plus sophistiquée du syntagme « constitution matérielle ». C'est le cas d'un auteur italien célèbre, Costantino Mortati, qui publia en 1940 un essai sur *La costituzione in senso materiale*[30], très influent dans son pays encore aujourd'hui, bien qu'écrit sous la période fasciste[31]. Quoique difficile à saisir, obscure, à la limite de l'indicible, ou peut-être trop subtile pour des esprits cartésiens, la notion du constitutionnaliste italien se ramènerait

25. *Contribution..., op. cit.*, p. 571.
26. *Op. cit.*, p. 112. Mais il revient à son idée initiale en ajoutant : « Cette définition ne va pas sans problème de frontières, car où commencent et où finissent ces règles "les plus importantes", "essentielles" ? C'est souvent difficile à dire ».
27. Nous laissons ici de côté — parce trop spécifique et, à nos yeux, trop réductrice — la conception de Kelsen qui définit la constitution matérielle comme l'ensemble des normes réglant la production des normes juridiques générales.
28. *Manuel de droit constitutionnel et science politique*, PUF, 1948, p. 190. L'édition amplifiée de son manuel en 1955 est à peine plus fouillée : « Le droit constitutionnel (se définit) d'une façon "matérielle" : par le contenu des règles, par l'objet auquel elles s'appliquent — c'est-à-dire en l'occurrence par l'objet politique » (p. 5) ; « (au) point de vue matériel, la constitution (...) d'un pays, c'est l'ensemble de ses institutions politiques quels que soient les documents qui les établissent : lois, règlements, décrets, usages, coutumes, traditions, constitutions écrites, etc. » (p. 216) (on notera la curieuse façon de parler de *documents* pour des usages, coutumes et traditions).
29. Lorsqu'il affirme : « Le point de vue matériel concerne le contenu de la Constitution, le système politique auquel il fait appel » (*Manuel..., op. cit.*, p 113). Assimiler les règles juridiques avec le système politique est pour le moins réducteur.
30. Milan, Giuffrè, 1940 (rééd. 1998).
31. F. Laffaille, « La notion de constitution au sens matériel chez Costantino Mortati », *Jus Politicum*, n° 7 en ligne et vol. IV, Dalloz, 2012, p. 293-321.

à ceci : serait « juridique » une *constitution matérielle* comprise comme un ensemble de valeurs et de principes non écrits, portés par certaines forces politiques dominantes à un moment donné, et formant une structure spécifique de la vie sociale ; il s'agirait, en d'autres termes, de la substance (évolutive) sous-jacente à l'ordre normatif formel et qui commanderait celui-ci. Sa plasticité explique qu'elle ait pu convenir aussi bien au régime fasciste qu'à la démocratie libérale.

Une partie de la doctrine italienne continue de s'appuyer sur elle, peut-être d'ailleurs sans en respecter tout à fait le sens véritable[32]. Tel est, en outre, manifestement le cas de certains auteurs français qui s'y réfèrent mais en lui donnant un sens sensiblement différent : ainsi, Pierre Avril dans ses travaux sur les conventions de la constitution[33], ou bien, dans un sens encore plus large, Élisabeth Zoller dans son célèbre manuel[34]. Tout récemment encore, un dictionnaire de droit public a consacré une entrée à ce sens « à l'italienne » (sic), qui serait « l'application réelle et concrète à un moment donné » (de la constitution formelle)[35], ce qui n'est pas, en réalité, l'idée de Mortati (pourtant dûment cité comme référence).

Quoi qu'il en soit, les objets juridiques n'étant pas des essences pures, les choix sémantiques peuvent tous se défendre et l'on peut choisir d'adopter une définition stipulative de tel ou tel de ces objets. Cependant, il nous semble que le sens prêté (faussement) à Mortati gagnerait, plutôt que « constitution matérielle », à être appelé « constitution réelle » (le socialiste hégélien Ferdinand Lassalle parlait jadis de *Realverfassung*[36]) ou bien « factuelle », voire « constitution effective », puisque c'est cela que visent les auteurs susnommés[37].

Mais une nouvelle difficulté surgit alors : des normes juridiques effectives suffisent-elles à composer un « système constitutionnel réel », un

32. Comme le souligne Agostino Carrino (« De la constitution matérielle », *Mélanges Troper*, Economica, 2006, p. 239-247) qui observe que le sens fondamental de la notion de Mortati, « contrairement à l'idée qu'il s'agirait simplement d'une reprise anti-libérale de la dichotomie *Sein-Sollen* du côté de l'être, du fait, du pouvoir —, consiste tout d'abord à essayer de dépasser la dichotomie entre fait et norme, entre réalité effective (sociale en large sens) et forme juridique, entre être et devoir (*Sollen*) » (*loc. cit.*, p. 241).

33. *Les conventions de la constitution*, PUF, 1997, p. 161 : « On voit alors surgir un décalage entre la Constitution formelle (le droit de la Constitution) et la Constitution matérielle (la réalité de sa pratique)... ». Et encore dans son article « Les conventions de la constitution : une jurisprudence organique », *in* P. Avril, *Écrits de théorie constitutionnelle et de droit politique*, éd. Panthéon-Assas, 2010, p. 151-158 (p. 155).

34. « L'analyse matérielle (...), va au-delà des formes. Elle s'intéresse à la matière, à la substance, à l'objet et au but des règles juridiques. Évoquer la constitution matérielle d'un État, c'est viser la manière dont cet État est gouverné, son mode de gouvernement. Par exemple, matériellement, la Constitution française est démocratique » (*Droit constitutionnel*, PUF, 1998, p. 12).

35. M. Touzeil-Divina, *Dictionnaire de droit public interne*, Lexis Nexis, 2017, p. 93.

36. Dans sa célèbre conférence de 1862, dont il existe une traduction en français : *Qu'est-ce qu'une constitution ?,* trad. fr., Arles, éd. Sulliver, 1999.

37. Quant au sens véritable de Mortati, si difficile à formuler, il aurait peut-être mieux valu le désigner comme « constitution substantielle ».

système de gouvernement effectif? Cela paraît douteux, même si l'on ne peut entrer ici dans le détail de la démonstration[38]. Et si, comme certains auteurs, on va encore plus loin et l'on choisit de désigner par le terme constitution matérielle le système politique tout entier, il est difficile de prétendre qu'il y a identité entre ce dernier et l'ensemble des règles juridiques, fussent-elles appliquées dans un sens précis.

Il nous paraît, en somme, préférable de réserver l'expression de *constitution matérielle* à l'ensemble des normes incontestablement juridiques, qu'elles soient écrites ou non[39] : cela engloberait donc, outre les textes législatifs (quel que soit leur « rang hiérarchique ») et réglementaires ou de nature spécifique (les règlements intérieurs des organes constitutionnels notamment), les véritables coutumes mais non les conventions (dont la nature exacte reste controversée).

On peut être plus hésitant sur certaines normes que dégage la pratique mais qui comblent un silence manifeste (pour ne pas dire une lacune) des textes constitutionnels (ceux-ci quel que soit leur rang ; il peut s'agir d'un silence d'une loi ou d'un règlement d'assemblée parlementaire sur tel ou tel point ; par exemple le fonctionnement de la Commission mixte paritaire en France). Certes, si l'on considère qu'il est pertinent d'englober certaines règles non écrites dans une saine définition de la « constitution matérielle », cette dernière se trouve placée à mi-chemin entre la dimension strictement juridique-normative et la dimension politique-normative. À ce titre, elle pourrait être récusée par les adeptes d'un normativisme juridique sans concession. Il nous semble cependant qu'une telle position mènerait à une analyse excessivement étroite, pour ne pas dire nécessairement étriquée. Ce qui ne veut pas dire qu'il soit souhaitable de faire entrer dans la notion n'importe quel type de pratique politique, mais que l'on peut retenir au moins certaines pratiques spécifiquement institutionnelles[40].

L'hétérogénéité des règles constitutionnelles matérielles — même entendues de façon strictement normative, comme nous le proposons ici — pourrait faire douter de la pertinence de l'emploi du mot *constitution* à leur endroit. On pourrait se contenter de dire « droit constitutionnel matériel ». L'inconvénient de parler de « constitution matérielle » est en effet d'évoquer une sorte d'unité qui paraît ne pas exister — personne ne peut faire la liste complète des règles de droit matériellement constitutionnelles d'un État donné ; elles sont trop nombreuses (songeons,

38. J'ai tenté d'esquisser des éléments en ce sens dans l'article « Constitution juridique, système de gouvernement et système politique », *Mélanges Hugues Portelli*, Paris, Dalloz, 2018.

39. Normes et principes plus exactement. Malgré la difficulté de la doctrine juridique à différencier les seconds des premières, il nous semble que la distinction est à peu près opératoire.

40. Sur ce distinguo, v. notre article dans les *Mélanges Portelli*, préc.

par exemple, à la partie réglementaire du Code électoral) et, surtout, il y a de lourdes incertitudes sur le classement d'une règle dans le champ « droit constitutionnel matériel » — la frontière entre le droit constitutionnel et le droit administratif, par exemple, est impossible à tracer avec une netteté absolue.

En dépit de ces difficultés, il reste, à nos yeux, utile et pertinent de parler de « constitution matérielle » : bien comprise, elle permet de regrouper toutes les normes juridiques se rapportant à l'organisation du pouvoir politique de l'État et aux relations des organes de l'État avec les individus — sous ce rapport, elles présentent, malgré leur disparité, une cohérence générale —, acception utile dès lors qu'aucun pays n'est (évidemment) parvenu à placer la totalité de ces règles dans un document unique.

B. – *Le problème de définition de la constitution formelle*

Lorsque le mot « constitution » est, comme c'est le cas dans la très grande majorité des discours contemporains (pas uniquement mais surtout celui des juristes-savants), employé sans adjectif, il renvoie presque invariablement, quoique implicitement, à son sens dit formel, celui d'un document (donc un écrit) solennel regroupant des règles juridiques (ou plutôt des énoncés à prétention normative). Une telle position s'accompagne de quelques incertitudes quant à sa délimitation exacte, et surtout de l'affirmation, extrêmement contestable, d'une propriété supplémentaire, sa suprématie, sa valeur supérieure.

1° **La difficulté de délimitation**

Alors que la plupart des auteurs ont longtemps privilégié le terme « constitution écrite » (pour l'opposer, nous l'avons vu plus haut, à la constitution coutumière, non écrite), le terme de « constitution formelle » s'est finalement peu à peu imposé, quoique tardivement, dans la littérature juridique, notamment française, en contrepoint à la notion matérielle.

La constitution est donc ici envisagée, en principe, sous l'angle (le seul angle) de sa forme (juridique)[41]. En l'occurrence, celle-ci renvoie à son caractère écrit et au fait qu'il soit consigné dans un document spécifique, solennel (son titre officiel importe peu[42]), en principe unique.

41. Pour d'autres différenciations, v. L. Heuschling, « La constitution formelle », *in* M. Troper, D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, t. 1, 2012, p. 265-296.

42. Sans même remonter au XIX^e^ siècle (Charte, Patente, Diplôme), on sait que l'Allemagne, pour des raisons conjoncturelles, a choisi (et conservé après la Réunification) le titre « Loi fondamentale (*Grundgesetz*) » en 1949, comme les Pays-Bas (*Grondwet*) et

Il existe cependant des cas-limites : ainsi, comme l'on sait, les trois lois (constitutionnelles[43]) de 1875 en France. Le cas d'Israël est plus complexe : sa Constitution comprend aujourd'hui, en plus de trois textes fondateurs (dont la Déclaration d'indépendance de 1948), treize lois distinctes, appelées « fondamentales » (*Basic Laws*), adoptées à des dates différentes (la dernière, sur le référendum, en 2014), mais qui auraient pu (et pourraient encore) être réunies dans un document unique[44]. Certains n'hésitent pas à la qualifier de « Constitution formelle partielle »[45] (on pourrait dire : « imparfaitement formalisée »). La Nouvelle-Zélande offre un autre cas de figure : il existe bien un *Constitution Act* du 13 décembre 1986 (qui a remplacé la loi de 1852[46] adoptée par le Parlement de Westminster pour ce qui était alors un Dominion), contenant les principaux énoncés normatifs relatifs aux institutions de gouvernement ; cette loi est d'ailleurs complétée par plusieurs textes matériellement constitutionnels[47]. Le fait que ce texte soit plus succinct que la plupart des constitutions formelles existantes ailleurs suffit-il pour l'exclure de cette catégorie ? Nullement, à nos yeux. Autant on peut dire qu'une constitution formelle est brève et succincte, autant on ne peut nier qu'une telle loi existe. Et le fait qu'elle vienne s'insérer dans une culture coutumière n'enlève rien à son caractère de constitution formelle. L'Autriche pose un autre type de problème, exemplaire dans la mesure où, ironie de l'histoire, le pays de Kelsen connaît, à côté de sa Constitution fédérale du 1920 maintes fois révisées, un nombre impressionnant de lois constitutionnelles[48] de même valeur qui ne sont pas intégrées dans la Constitution formelle initiale[49]. Moins déraisonnable, la Constitution de Suède de 1974 (comme d'ailleurs sa devancière de 1809,

---

la Norvège (*Grondlow*) depuis 1814, tandis que la Suède utilise (depuis 1634) le terme « Forme de gouvernement » (*Regeringsformen*).

43. On sait que l'épithète « constitutionnelle » ne leur était initialement pas accolée directement (toutefois l'article 8 de la loi du 25 février 1875 évoquait déjà la révision des « lois constitutionnelles ») et apparut officiellement à l'occasion des révisions de 1879, 1884 et 1926 qui employaient bien le mot à l'égard de celles de 1875.

44. Anne Jussiaume, « La Cour suprême et la Constitution en Israël : entre activisme et prudence judiciaire », *Jus Politicum*, Dalloz, n° 2, 2010, p. 99-130 (spéc. p. 101-104).

45. Suzie Navot, « La Cour suprême israélienne et le contrôle de constitutionnalité des lois », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35, avr. 2012.

46. Dont le titre exact était : *An Act to Grant a Representative Constitution to the Colony of New Zealand*.

47. *Traité de Waitangi* de 1840 (avec le peuple maori), *Lettres Patentes* de 1983 sur l'office du Gouverneur général, *Bill of Rights* de 1990, *Electoral Act* de 1993, *Supreme Court Act* de 2003 notamment.

48. E. Wiederin parle d'environ cinq cents dispositions contenues dans une centaine (!) de lois constitutionnelles ou traités (« Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts : Österreich », *in* A. v. Bogdandy *et alii* [dir.], *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Heidelberg, C. F. Müller, t. I, 2007, p. 408).

49. Notamment en vertu de la technique de la dérogation à la constitution *(Verfassungsdurchbrechung)*, permettant de déroger à un article de la constitution formelle par une loi quelconque, adoptée à la majorité qualifiée mais extérieure au document constitutionnel formel.

§ 85) précise que « la Constitution [dénommée Forme de Gouvernement], la loi sur la succession au trône, la loi sur la liberté de la presse et la loi fondamentale sur la liberté d'expression constituent les lois fondamentales du Royaume » (Chap. I[er] , art. 3)[50]. Il en est de même en République tchèque : l'art. 112 de la Constitution du 16 décembre 1992 énonce une catégorie de lois constitutionnelles venant s'ajouter à la Constitution formelle *stricto sensu*.

Enfin, on peut se demander comment qualifier le « Bloc de constitutionnalité » sous la V[e] République. Une lecture étroite incite à considérer que, à l'évidence, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et la Charte de l'environnement de 2004, quoiqu'ayant vu leur valeur juridique positive reconnue par Conseil constitutionnel, ne font pas partie de la Constitution formelle de la France, qui se limiterait à la centaine d'articles numérotés (actuellement) de 1 à 89. Et pourtant, le légiconstituant, en introduisant, en 2008, l'article 61-1 instituant le principe de la Question prioritaire de constitutionnalité, a pris soin de préciser que celle-ci porte sur « les droits et liberté que *la Constitution* garantit » (souligné par nous). Or, il est non moins évident que le mot « Constitution » ne vise ici pas uniquement les articles 1 à 89 de la Constitution du 4 octobre 1958 mais bien tous les textes (et même d'autres types de normes[51]) relevant du « bloc de constitutionnalité ».

On le voit, la notion de document unique, tantôt contracté, tantôt dilaté, est moins simple à délimiter qu'il n'y paraît et comporte de nombreux cas-limites. Il nous paraît préférable de considérer que même lorsqu'il s'agit d'un groupe de documents, le terme de *constitution formelle* est approprié.

2[o] La confusion autour de la valeur supérieure et de la rigidité

À côté du caractère écrit et de la présentation dans un document (ou un groupe de documents) particulier, l'aspect le plus problématique de l'usage dominant de la qualification de « constitution formelle » concerne la « valeur hiérarchique », la position dans l'ordre juridique de cette dernière

50. De 1809 à 1974, le règlement du Riksdag lui-même était inclus dans cette liste.

51. On songe ici, bien entendu, aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » évoqués par le Préambule de la Constitution de 1946 mais dont il ne fournit pas la liste et qui, « découverts » par le juge au gré de ses décisions, ne s'appuient parfois même pas sur un texte législatif qui l'énoncerait explicitement (par exemple le respect des droits de la défense par la décision n[o] 76-70 DC du 2 décembre 1976, avant que le Conseil, dans sa décision n[o] 2006-535 DC du 30 mars 2006, ne le rattache, de manière pour le moins forcée et, pour tout dire, artificielle, à la notion de « garantie des droits » mentionnée à l'article 16 de la Déclaration de 1789 ; ou bien encore le noyau de compétences réservées à la juridiction administrative par la décision n[o] 86-224 du 23 janvier 1987 du Conseil constitutionnel).

vis-à-vis des lois dites ordinaires[52]. Une très nette majorité d'auteurs (en France comme à l'étranger) prétendent que la constitution au sens formel obéit à certaines particularités d'adoption (du moins chez certains auteurs, mais pas tous) et, en tout cas, de révision ; et en outre, ils lui reconnaissent une valeur supérieure à celle des lois ordinaires. Ce faisant, ils assimilent en réalité constitution formelle et constitution rigide[53].

En ce sens, la doctrine majoritaire semble en apparence fidèle aux promoteurs initiaux de la notion de constitution formelle, les auteurs allemands : à la suite de Laband, Jellinek écrivait ainsi en 1887[54] : « Au sens formel cependant, les lois constitutionnelles sont celles qui sont soumises à des formes plus difficiles relativement à leur modification, celles auxquelles, dès lors, revient une force législative formelle renforcée »[55]. Carré de Malberg a repris, pour l'essentiel, cette idée : « Dans son acception formelle, au contraire, le nom de constitution demeure réservé à la partie des règles d'organisation des pouvoirs, qui a été énoncée dans la forme constituante et par l'organe constituant, et qui, par suite, ne peut être modifiée que par une opération de puissance constituante et au moyen d'une procédure spéciale de révision »[56]. On doit cependant noter qu'il suit Jellinek au prix d'une double nuance : il introduit tout de même ici un élément matériel (il s'agit de « règles d'organisation des pouvoirs ») et évoque la procédure d'adoption du texte avant de mentionner celle de sa révision. Les auteurs postérieurs suivent tantôt Jellinek, tantôt Carré. Reste l'essentiel : ces définitions ont ceci en commun qu'elles postulent la force supra-législative de la constitution formelle.

Observons d'abord que, certes, lorsqu'un texte constitutionnel prévoit une procédure spéciale pour sa propre révision (par hypothèse, cette procédure est alors plus exigeante que pour l'adoption de lois ordinaires), qu'il est donc dit « rigide », il est compréhensible que les juristes fassent de ce caractère un élément de définition formelle. Car, dans ces cas, on peut bien dire que, du point de vue de sa forme, la constitution se caractérise par son caractère écrit et sa rigidité (la valeur supra-législative en découlant).

Pourtant, il faut tenter de se poser le problème de façon générale. Or, la question de la force (technique, si l'on peut dire) d'une constitution

52. Ainsi que des lois organiques, dans les quelques pays qui connaissent cette catégorie comme la France ou l'Espagne.
53. On doit le qualificatif de « rigide » (par opposition à « flexible » ou « souple ») à James Bryce (*art. préc.*), influencé par Dicey. V. A. Pace, « Constitutions rigides et constitutions souples », *Mélanges J.-C. Escarras*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 345-361.
54. *Gesetz und Verordnung, op. cit.*, p. 263.
55. En 1900, dans sa théorie générale de l'État, il est moins clair : « la notion moderne de constitution, la notion de constitution écrite, c'est-à-dire de constitution au sens formel... » ; et, plus loin : « Il en est d'autres (États) qui possèdent une constitution écrite, mais ne prescrivent aucune forme particulière pour les changements » (*L'État moderne et son droit*, trad. fr. Fardis, rééd. Ed. Panthéon-Assas, 2005, t. II, respectivement p. 173 et p. 208).
56. *Contribution..., op. cit.*, t. II, p. 571-572.

formelle vis-à-vis des autres lois est, conceptuellement, une question *distincte* de sa forme *en soi* et prise dans sa généralité. D'ailleurs, si la rigidité et la suprématie étaient des propriétés inhérentes à la notion formelle de constitution, donc applicables à toute constitution formelle existante, on se demande pourquoi tous ces mêmes auteurs prendraient soin de consacrer un paragraphe spécifique à la distinction entre constitutions souples (ou flexibles) et constitutions rigides ; cela suggère justement qu'il s'agit d'une question en soi, à traiter à part.

À vrai dire, bien peu d'auteurs semblent avoir réfléchi à cette question et au moins soulevé ce point. La plupart d'entre eux postulent le caractère suprême et rigide de la notion formelle de constitution parce qu'ils sont généralement obnubilés par l'idée de pouvoir constituant, dont ils affirment de façon préliminaire et péremptoire le caractère ontologiquement distinct du pouvoir législatif. Ce que, justement, ne faisaient pas Laband et Jellinek, qui se contentaient de retenir la procédure de révision comme critère.

Or, en la matière, il est préférable de raisonner d'abord de façon historique et inductive. En l'occurrence, l'histoire du constitutionnalisme libéral occidental montre nettement que nombreux furent les textes constitutionnels solennels, réunis dans un document unique, mais dépourvus du caractère rigide[57]. Et Bryce d'observer à juste titre : « *La chose existe et, par conséquent, il faut un mot pour la nommer* »[58].

De même Kenneth Wheare a pu juger qu'« il n'est pas nécessaire d'adopter une terminologie si rigide (...) et d'aller jusqu'à dénier le nom de constitution à un document qui contient une collection de règles importantes régulant le gouvernement d'un pays bien que ces règles ne puissent restreindre les pouvoirs de la législature qu'elles ont établie en fait »[59].

Marcel Prélot, de son côté, bien que porté à inclure le caractère de rigidité dans la notion formelle, faisait l'aveu que « la notion d'écriture et celle de super-législation ne sont point nécessairement, ni même logiquement solidaires »[60]. De même, plus récemment, la constitutionnaliste allemande Anne Peters : « La primauté de la constitution sur le droit ordinaire n'est, d'un point de vue de pure définition, pas une caractéristique nécessaire d'une constitution »[61].

Le fait que les constitutions formelles souples soient aujourd'hui rarissimes ne saurait occulter qu'il n'en a pas toujours été ainsi. Elles ont été nombreuses dans l'histoire : ce fut le cas des chartes des colonies anglaises d'Amérique du

57. Ce qui n'exclue pas que cette question ait pu être ambiguë ou controversée, comme en France avec les chartes ou en Italie avec le Statut albertin, comme l'a relevé A. Pace, *loc. cit.*
58. « Flexible and Rigid Constitutions », *loc. cit.,* p. 9.
59. *Modern Constitutions*, Londres, Oxford University Press, 1964, p. 7-8.
60. *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, 1957, p. 190.
61. *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, p. 63.

Nord[62], de plusieurs constitutions d'États de cette même Amérique dans leurs premières années[63], de la Constitution espagnole de Bayonne de 1808, des Chartes constitutionnelles françaises de 1814 et 1830[64], le Statut Albertin du Royaume de Piémont-Sardaigne de 1848, qui devient progressivement la Constitution du royaume d'Italie à mesure de son unification. Mais il en fut d'autres : celles du Royaume d'Espagne de 1834, 1837, 1845 et 1876, de petites principautés et Duchés allemands comme la Saxe-Meiningen (Const. du 4 septembre 1824, refondue le 23 août 1829), la Saxe-Altenbourg (Const. du 19 mars 1818 et 29 avril 1831), Anhalt (Const. du 31 août 1859), Reuss branche cadette (Const. du 14 mai 1852). De même les Constitutions de l'Afrique du Sud de 1909, 1961 et 1983[65], la première Constitution de l'URSS de 1918 (celle de 1936, en revanche, fut rigide), la Constitution de l'État libre d'Irlande de 1922 et celles de Nouvelle-Zélande (depuis 1947 et, aujourd'hui, pour l'essentiel, celle de 1986)[66].

On peut hésiter sur des cas-limites : ainsi la Constitution du Royaume de Prusse du 31 janvier 1850 (art. 107) disposait-elle que : « La constitution peut être modifiée par la voie législative ordinaire. À cet égard, il suffit dans chaque Chambre de la majorité absolue, obtenue dans deux scrutins successifs à 21 jours au moins d'intervalle ». Il y avait donc bien une très légère différence par rapport à la procédure d'adoption des lois ordinaires, mais réduite au minimum.

On peut rappeler au passage, que le grand Carré de Malberg avait même cru pouvoir affirmer que les lois constitutionnelles de 1875 n'étaient pas véritablement rigides (en dépit de la procédure particulière fixée à l'article 8 de la loi du 25 février 1875) puisque les chambres avaient la faculté de dominer complètement la procédure de révision[67].

Le caractère indépendant des aspects formel et rigide est encore attesté par deux types de cas de figures originaux[68]. Celui, d'abord, d'une rigidité

62. Sauf en Pennsylvanie, dès la première charte (4 mars 1681, suivie de celles de 1682 et de 1701) qui exigeait déjà une majorité renforcée à l'assemblée pour la révision. De même pour le Delaware (Charte de 1701, art. VII, al. 2) car cette colonie appartenait à la Pennsylvanie et s'en sépara de 1703 tout en conservant sa charte.

63. New Hamsphire, New Jersey, des Carolines du Nord et du Sud, de New York et de Virginie. V. J.-L. Halpérin, « Changer de constitution et par la Constitution », *Jus Politicum*, vol. V, 2013, p. 97-129 (102).

64. En dépit de débats confus et jamais tout à fait achevés, la Charte de 1814 fut révisée plusieurs fois par voie de législation ordinaire, c'est-à-dire par accord entre le Roi et les deux chambres.

65. Avec des exceptions, v. *infra*, note n° 70.

66. Sur les exceptions, v. *infra*, note n° 70. Le *Constitution Act* de 1947 décida de ramener le *Constitution Act* de 1852 (adopté par le Parlement britannique), à l'occasion de son « rapatriement » en Nouvelle-Zélande, au rang législatif ordinaire.

67. *La loi, expression de la volonté générale*, Sirey, 1931 (rééd. Economica, 1984), not. le chap. III, spécialement p. 118 et 134-139.

68. Et on pourrait en ajouter un troisième : comme le font d'ailleurs remarquer bon nombre de manuels, la Constitution de la France d'Ancien Régime, essentiellement constituée de règles coutumières, peut être considérée comme « rigide » en ce sens que le Roi

acquise en cours d'existence : ainsi, la remarquable Constitution de la Suède de 1720, texte solennel et riche de contenu, qui ne comprenait à l'origine aucune clause expresse concernant sa propre révision. Ce n'est qu'en 1766 que le *Riksdag* (parlement quadricaméral) décida qu'à l'avenir, le texte ne pourrait être révisé que par une résolution réitérée des chambres après de nouvelles élections. Or, comment qualifier ce texte avant 1766 ? Il s'agissait bien d'une véritable constitution juridique formelle, conçue comme telle et effectivement appliquée. Simplement, elle était, techniquement, « souple »[69].

Un autre type de situation est offert par des constitutions mêlant parties souples et parties rigides ou, plus exactement, des constitutions souples à l'exception de quelques articles : tel est le cas de la Nouvelle-Zélande depuis 1993[70]. C'est également le cas d'Israël[71], même si la question s'est déplacée à partir de 1995 lorsque, par une décision purement prétorienne, la Cour suprême posa en principe que toutes les lois fondamentales possèdent une valeur supra-législative[72].

Il importe de souligner la valeur (idéale) en soi de l'écrit, que le préjugé doctrinal contemporain en faveur de la rigidité a fait quelque peu oublier. C'est à juste titre que Joseph Barthélémy pouvait faire observer : « À écrire la constitution, à la formuler dans un texte, il y a déjà un premier degré de garantie ; (...) le seul fait de l'écrit est une conquête sur l'ancien arbitraire »[73]. Et, en effet, le caractère écrit a été tout à fait central à l'origine du constitutionnalisme moderne (mais, à bien des égards, déjà au Moyen Âge),

---

lui-même, censément souverain, voire *legibus solutus*, était « dans l'heureuse impuissance » de modifier seul les lois fondamentales du Royaume. L'argument est peut-être un peu anachronique mais conceptuellement défendable.

69. Il semble toutefois qu'à la différence de la procédure concernant les lois (ordinaires), pour laquelle l'approbation de trois des quatre chambres suffisait, l'unanimité de quatre chambres ait été requise pour modifier la Forme de gouvernement. Mais cette exigence n'était pas expresse. J.-P. Lepetit (« La Constitution suédoise de 1720, première constitution de la liberté », *Jus Politicum*, vol. V, 2013, p 7-72 [28 et 64]) relativise la portée de cette exigence.

70. L'art. 268 du *Electoral Act* de 1993 dispose que l'article 17 (al. 1er) du *Constitution Act* 1986, fixant la durée d'un Parlement à trois ans sauf dissolution) ne pourra (comme d'ailleurs certaines autres dispositions de la loi de 1993) être modifié qu'à la majorité des deux tiers des membres de la Chambre des représentants (le Parlement néo-zélandais est monocaméral) ou bien par référendum. Je remercie M. Jonathan Sellam de m'avoir confirmé ce point. Une solution comparable (au profit d'une majorité qualifiée au parlement) fut retenue dans les Constitutions de l'Afrique du Sud de 1909 (l'art. 152 désigne cinq articles soumis à des majorités spéciales : 33 à 35, 137 et 152), de 1961 (art. 108 sur les langues officielles et art. 118 qui mentionne cette exigence de rigidité) et de 1983 (art. 99, qui multiplie les articles « rigidifiés » mais l'exigence se limite alors à une majorité absolue de membres des deux chambres).

71. Par exemple, deux articles de la loi de 1958 sur la Knesset (art. 4, 9A notamment), mais également quelques articles dans d'aures lois fondamentales. Cf. C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, 1996, chap. III.

72. Arrêt *Mizrahi Bank Ldt c/ Migdall Village* (1995). V. A. Jussiaume, *loc. cit.*

73. *Précis de droit constitutionnel*, Dalloz, 1932, no 117, p. 101.

tout particulièrement dans la pensée protestante qui a trouvé sa réalisation concrète la plus aboutie en Amérique du Nord[74]. Il avait partie liée à une pensée contractualiste, l'écrit attestant de la solennité du pacte entre personnes libres décidant de fonder un corps politique[75]. Sous ce rapport, les constitutions de cette époque, même techniquement souples, étaient tout à fait considérées comme des lois fondamentales, s'imposant à chacun des organes constitués.

La pensée en terme de hiérarchie de normes n'avait, alors, pas encore prospéré. C'est bien plutôt dans le principe de la balance des pouvoirs que l'on plaçait l'espoir de préservation de la suprématie (politique) du texte constitutionnel[76]. Les monarchies représentatives du XIX^e^ siècle prévoyaient l'obligation imposée au Roi de n'adopter de lois qu'avec le consentement des chambres. Dès lors, il n'était pas indispensable de proclamer la suprématie technique du texte constitutionnel, de le rigidifier, puisque l'accord des deux grands pouvoirs (ou trois, le parlement étant généralement bicaméral) était requis pour le modifier, comme pour toute loi, et donc jugé suffisant pour maintenir la Constitution formelle[77].

En fin de compte, l'insistance de la doctrine (française, au départ, depuis Carré de Malberg, infléchissant la position de Laband et Jellinek, mais elle s'est, depuis, généralisée au-delà des Français) à faire de la rigidité (et du caractère supra-législatif) un élément inhérent à la notion formelle de constitution s'explique par l'exaltation de la théorie du pouvoir constituant. À l'inverse, la doctrine monarchique allemande du XIX^e^ siècle était portée à relativiser celle-ci[78]. On connaît la phrase célèbre de Laband : « La Constitution n'est pas une puissance mystique, qui plane au-dessus de l'État, elle est, comme toute autre loi, un acte de volonté de l'État et, par conséquent, variable au gré de la volonté de l'État »[79]. Gerhard Anschütz complète : « la loi constitutionnelle et la loi ordinaire ne sont que l'expression d'un seul et même pouvoir, à savoir le pouvoir législatif. L'idée d'un pouvoir constituant différent et supérieur à la loi reste, aujourd'hui comme hier, et contrairement au droit nord-américain, étrangère au droit public

74. V. not. S. Rials, « Aux origines du constitutionnalisme écrit. Réflexions en marge d'un projet constitutionnel de la Ligue (1588) », *Revue d'histoire des facultés de droit*, vol. 8, 1989, p. 189-265.

75. Ce qu'a su mettre en évidence la thèse riche et courageuse de Charles Reiplinger, analysant la pensée congregationnaliste (*Naissance de la constitution écrite. La constitution des corps politiques en Angleterre et en Amérique du Nord aux XVI^e^ et XVII^e^ siècles*, Thèse, Paris II, 2004).

76. Ce qu'a noté à juste titre Alain Laquièze, « L'idée libérale de constitution », *Mélanges J.-P. Machelon*, Lexis Nexis, 2015, p. 571-591.

77. Ce qui peut contribuer à expliquer *a contrario* que les Américains aient fait si tôt le choix de rigidifier leurs constitutions formelles : dès lors que l'on ne voulait plus reconnaître au chef de l'exécutif qu'un droit de veto suspensif et non absolu, la balance des pouvoirs était, en matière législative tout au moins, faussée au profit des assemblées.

78. Dans le même sens, C. Klein, *op. cit.*, chap. V.

79. *Le droit public..., op. cit.*, p. 314.

allemand. La Constitution n'est pas au-dessus du pouvoir législatif, mais à la disposition de celui-ci, même si le pouvoir législatif est, le cas échéant, tenu d'observer les formes particulières prescrites pour les modifications constitutionnelles »[80]. Il reste des traces de cette conception aujourd'hui, en ce que la procédure, pourtant techniquement rigide, de révision de la Loi fondamentale allemande conserve de ses devancières cet élément *a priori* contradictoire avec la thèse d'une constitution œuvre d'un pouvoir constituant radicalement distinct du pouvoir législatif : à savoir que la loi de révision a pour seule particularité procédurale de devoir être adoptée à la majorité qualifiée du Bundestag et du Bundesrat (deux tiers des membres ou des voix). Certes, la Loi fondamentale ne reprend pas la formule des constitutions de 1871 et 1919[81], mais le résultat est le même : la procédure de révision est le monopole des organes ordinaires de législation et, en tant que telle, seule la majorité requise change par rapport aux lois ordinaires[82].

Tout autre est, on le sait, la logique qui s'est imposée (non pas immédiatement mais tout de même très rapidement) aux États-Unis (au niveau des États comme de la Fédération) : la distinction radicale, d'un point de vue procédural, entre l'adoption des lois ordinaires et des lois constitutionnelles formelles[83]. C'est la volonté d'assurer le caractère démocratique de la législation constitutionnelle qui a guidé ce qui n'est, après tout, qu'un choix (contingent, donc) de politique constitutionnelle et non une nécessité inhérente à la notion formelle de constitution.

Quoi qu'il en soit, au regard de l'élaboration d'un concept juridique général de constitution formelle, l'argument tiré de la procédure de révision de ces textes est relatif. De même est relatif (dans cette perspective conceptuelle) l'argument, employé par certains auteurs, touchant à la procédure d'élaboration du texte constitutionnel, aux fins d'en faire un élément de définition de la notion formelle de constitution. En effet, historiquement, les modes d'élaboration et d'adoption des constitutions formelles ont été très divers. Contrairement à la théorie dominante qui met en scène l'idée d'un pouvoir constituant originaire (si possible populaire, afin d'avoir bonne conscience), dont la nature particulière expliquerait que la constitution formelle soit en toute hypothèse intrinsèquement suprême

80. *Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919*, Berlin, 14e éd., Stilke, 1933 (rééd. Darmstadt, 1960), p. 401.

81. « Les modifications de la Constitution s'opèrent par la voie de la législation » (art. 78, al. 1er Const. du 16 avril 1871) ; « La Constitution peut être modifiée par la voie de la législation » (art. 76, al. 1er Cons. de Weimar).

82. Une différence cependant avec la Constitution de Weimar : la loi de révision doit indiquer expressément qu'elle modifie ou complète le texte initial de la Loi fondamentale (art. 79, al. 1er LF). L'intégrité formelle du texte de celle-ci est ainsi préservée et sont donc prohibées les lois de dérogations à la constitution, fréquentes sous Weimar et extrêmement nombreuses en Autriche (cf. *supra*, III, B., 1°). Quant à la clause matérielle limitant la révision (art. 79, al. 3 LF), elle relève d'une autre problématique.

83. De même dans les pays qui ont fait le choix d'un référendum obligatoire pour toute révision constitutionnelle (Suisse, Danemark, Irlande notamment).

(ce qui justifierait sa nécessaire rigidité), force est de constater que les divers modes d'établissement des constitutions sont relativement indifférents au caractère et au destin de ces textes. Que ceux-ci aient été émis par une personne seule (monarque, homme providentiel ou autocrate), une junte militaire, une assemblée délibérante (généralement révolutionnaire, plus rarement en vertu d'un mandat régulièrement conféré par le droit de la constitution antérieure) ou fruit d'un accord contractuel ou pacte entre plusieurs institutions, la constitution formelle peut être rigide ou bien souple. Tous les cas de figure se rencontrent dans l'histoire des régimes constitutionnels libéraux. La légitimité d'un pouvoir prétendument constituant ne se constate presque toujours qu'*ex post*; il lui est difficile de se prétendre légal et légitime *ab initio* (sauf dans le cas de processus réguliers du type de la France en 1958 ou de la révision totale des constitutions des États américains ou helvétiques).

On objectera probablement qu'en cas de constitution souple, la définition formelle conçue comme indépendante de la question de la suprématie et de la rigidité est peu utile puisqu'elle ne permet pas de distinguer clairement entre les types de loi (formelle)[84]. La remarque n'est pas dénuée de bon sens mais sans portée du point de vue théorique : même entièrement souple, une constitution formelle possède une valeur politique principielle. D'ailleurs, il n'existe, semble-t-il, aucun exemple, dans l'histoire, d'une constitution souple qui ait été sans cesse modifiée par des lois (ordinaires), réduisant le texte originel à un simulacre[85]. En revanche, qui ne voit que quantité de constitutions rigides n'ont été que barrières de papier face à un mouvement antilibéral et antidémocratique ? L'exemple de l'Allemagne de Weimar, mais bien d'autres encore en témoignent dramatiquement.

On peut clore ces développements par une dernière remarque : il est nécessaire, pour analyser le droit constitutionnel positif d'un pays (ou d'un corps politique), de combiner les approches formelle et matérielle de la constitution[86], et non pas de considérer qu'elles sont alternatives, comme le prétendait Carré de Malberg[87], suivi par Marcel Waline[88]. Sans aller jusqu'à affirmer que les deux points de vue s'excluent l'un l'autre, Georges Vedel estimait que le point de vue formel était le plus important « du point

84. Ainsi déjà, Jellinek, *L'État moderne..., op. cit.* p. 211 ; de même C. Schmitt, *op. cit.*, p 146 ; J. Laferrière, *op. cit.*, p. 281-282).
85. Le cas de l'Italie n'est guère probant. Si la souplesse du Statut de 1848 a sans doute facilité la fascisation de l'État italien à partir des années 1922, c'était dans un contexte antilibéral et antidémocratique, qui ne doit pas faire oublier que ce Statut a pu être la Constitution normative et effective de l'Italie pendant plus d'un demi-siècle.
86. A. Kahl, Th. Müller, *Anmerkungen zum aktuellen Verfassungsbegriff*, Publiclaw.at, en ligne, 2010, p. 7.
87. *Contribution..., op. cit.*, p 572-575. Radical, Carré de Malberg contestait toute pertinence, du point de vue juridique, à la notion de constitution matérielle.
88. « Quelques réflexions sur la notion de constitution en droit positif français », *Archiv. Phil. dr.* 1933. 112-119. Toutefois, à la différence, sur ce point, de Carré, Waline situait son affirmation « en droit positif français », et non pas en théorie générale.

de vue de la technique juridique dans la théorie générale de la constitution ». Surtout, il ajoutait une implication majeure, étrange et (révérence parler) indéfendable : la notion matérielle, avançait-il, « pose des problèmes politiques. Au contraire, le point de vue formel pose surtout des problèmes juridiques »[89]. À l'encontre de cette idée, il convient de réitérer que la constitution matérielle, entendue comme l'ensemble des prescriptions touchant au droit constitutionnel, pose tout autant de questions juridiques que la notion formelle, et non pas seulement des questions politiques ! Tout comme, bien sûr, la constitution au sens formel pose également des questions politiques à côté des questions juridiques.

La clarification sémantique ici proposée au sujet de la notion formelle de constitution ne doit pas entraîner de révision déchirante pour la doctrine juridique contemporaine : tout ce que celle-ci a coutume d'expliquer à son endroit, en particulier au sujet du pouvoir constituant, du pouvoir de révision, du contrôle de constitutionnalité des lois, continue à être parfaitement recevable, mais à condition de spécifier qu'elle prend pour référence la constitution *formelle et rigide*, et non pas la constitution formelle tout court. De plus peut-on souhaiter un peu moins de commisération doctrinale à l'égard des constitutions formelles souples, qui méritent elles aussi le beau nom grave de constitution.

IV. – Loi(s) constitutionnelle(s) et ordre constitutionnel

Les considérations qui précèdent n'épuisent pas, loin s'en faut, toute la problématique du concept juridique de constitution[90]. On se contentera d'évoquer très brièvement, pour finir, un dernier point, qui n'est peut-être pas le moins important puisqu'il interroge le cœur même du concept juridique de constitution.

La pensée dominante de la doctrine juridique a tendance à réduire, contre toute évidence, le concept de constitution à une seule de ses facettes, en l'occurrence à sa notion formelle-rigide. Pourtant, un examen plus attentif du droit positif devrait l'inciter à s'interroger sur le problème

89. *Manuel de droit constitutionnel*, 1949, p. 113.

90. Il n'est pas possible de développer ici les multiples facettes procédurales de la rigidité constitutionnelle (et les logiques cachées qu'elles révèlent), tout juste esquissées par allusion au paragraphe précédent. La notion de rigidité peut en effet recouvrir plusieurs systèmes très différents. Entre la conception purement représentative (donc foncièrement législative) de l'Allemagne et de l'Autriche (pour les révisions partielles) et la conception populaire (le pouvoir constituant est réellement distinct du pouvoir législatif), comme aux États-Unis et en Suisse notamment, la France occupe une place intermédiaire en faisant coexister deux voies qui empruntent chacune à une logique différente : populaire (par le référendum) et super-législative (par le Congrès — qui, on le sait, est presque systématiquement emprunté depuis le début de la V^e^ République).

suivant : ce droit positif lui-même réduit-il vraiment la notion de constitution à sa dimension formelle, autrement dit l'ensemble des lois constitutionnelles ? On trouve plusieurs indices tendant à montrer que tel n'est pas le cas.

La Constitution finlandaise de 1999 (art. 1er, al. 2) dispose que « La Constitution de la Finlande est confirmée par le présent acte constitutionnel ». De même sa devancière de 1919 (art. 1er) énonçait que « La Finlande est une République souveraine dont la Constitution est fixée par le présent acte constitutionnel et les autres lois fondamentales »[91]. Ces formules offrent matière à penser. Les rédacteurs de ces textes ont cherché à exprimer une différence entre « Constitution » et « acte constitutionnel ». Est-ce vraiment innocent ou fortuit ?

De son côté, la Loi fondamentale allemande de 1949 évoque à plusieurs reprises « l'ordre constitutionnel (*verfassungsmässige Ordnung*) » (notamment : art. 2, al. 1er, art. 9, al. 2, art. 20, al. 3, art. 20a, art. 28, al. 1er) ou « l'ordre fondamental libéral et démocratique (*freiheitliche demokratische Grundordnung*) » (not. art. 10, al. 2, art. 18 et art. 21, al. 2). Qu'est-ce à dire ? Si l'un ou l'autre terme était parfaitement identique à celui de constitution entendue comme collection de normes juridiques, on ne voit pas pourquoi la Loi fondamentale ne l'aurait pas employé. Prenons le cas de l'article 20 LF : « Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel...». En bonne logique normativiste pure, il aurait été expédient d'écrire : « par la Constitution (ou par la Loi fondamentale) ». Il faut se demander s'il n'y a pas de bonnes raisons qu'il en soit autrement.

Plus récente, la Constitution tchèque de 1992 emploie à de nombreuses reprises le syntagme *ordre constitutionnel*. Celui-ci sert d'abord à désigner l'ensemble des lois de nature et de valeur constitutionnelle (art. 3 et 112)[92]. On peut encore noter que, lors d'une révision en 2001, le terme d'*ordre constitutionnel* a été substitué à celui de « lois constitutionnelles » en plusieurs articles[93]. Il se peut que ce changement linguistique ait été seulement opéré afin de préciser clairement que la Charte des droits fondamentaux

91. Certaines traductions françaises non officielles emploient des mots différents mais la traduction que nous rapportons, croisée avec des traductions allemandes et anglaises, semble plus proche de l'original en finlandais.

92. Art. 112 : « L'ordre constitutionnel de la République tchèque est formé par la présente Constitution, par la Charte des droits et libertés fondamentaux, par les lois constitutionnelles adoptées en vertu de la présente Constitution, ainsi que par les lois constitutionnelles de l'Assemblée nationale de la République tchécoslovaque, de l'Assemblée fédérale de la République socialiste tchécoslovaque et du Conseil national tchèque régissant la frontière d'État de la République tchèque et par les lois constitutionnelles du Conseil national tchèque adoptées après le 6 juin 1992. »

93. Ainsi l'art. 87, al. 1er, a) : « *La Cour constitutionnelle statue : a) sur l'abrogation des lois ou de certaines de leurs dispositions, si elles sont contraires à l'ordre constitutionnel* ». De même l'art. 88 (al. 2) : « les juges de la Cour constitutionnelle ne sont liés dans leurs décisions que par l'ordre constitutionnel et la loi visée à l'alinéa premier [*N.B. : la loi sur l'organisation de la Cour*] » ou encore les art. 87 (al. 1er, b) et 89.

(adoptée le même jour, en 1992) faisait bien partie des normes de référence (ce point était pourtant déjà fixé dès 1992 par l'article 3 de la Constitution formelle *stricto sensu*). Auquel cas le syntagme *ordre constitutionnel* serait l'équivalent tchèque du *bloc de constitutionnalité* français. Mais on peut se demander si les rédacteurs du texte constitutionnel n'ont pas voulu exprimer une idée d'ensemble normatif, plus large que la somme des textes à valeur juridique suprême.

Certains penseurs classiques de l'idée de constitution sont susceptibles de confirmer cette piste. Emer de Vattel, qui passe pour le premier auteur à avoir formulé la conception moderne de constitution juridique[94], n'écrivait-il pas également que la « constitution n'est au fond pas autre chose que l'établissement de l'ordre dans lequel une nation se propose de travailler en commun à obtenir les avantages en vue desquels la société politique s'est établie »[95]. Le constituant monarchien Mounier, quant à lui, énonçait le 9 juillet 1789 que la Constitution est « un ordre fixe et établi dans la manière de gouverner ; que cet ordre ne peut exister, s'il n'est appuyé sur des règles fondamentales (...) ». Il évoque plus loin : « les lois fondamentales propres à former une constitution »[96]. Ces distinguos ne sont pas gratuits.

Plus près de nous, Carré de Malberg, qui professait en apparence un positivisme orthodoxe, ne formulait-il pas, dans *La loi, expression de la volonté générale* : « il va de soi, en effet, que le souverain, en fondant son ordre juridique constitutionnel, fera entrer dans la Constitution elle-même toutes les matières qu'il entend soustraire aux entreprises des Législatures »[97]. Éric Maulin, qui en a analysé la pensée de manière approfondie, note de manière éloquente : « Carré de Malberg ne conçoit pas le droit comme un seul ensemble de règles posées, mais comme un ensemble de principes fixes et sous-jacents, dont les actes étatiques sont l'expression superficielle. *L'ordre constitutionnel* apparent repose sur un corps de principes qui le justifient et fondent le pouvoir »[98].

On peut constater de même que des auteurs germaniques ont ressenti depuis longtemps le besoin d'employer le terme d'ordre pour saisir le concept juridique de constitution[99].

---

94. « Le règlement fondamental qui détermine la manière dont l'autorité publique doit être exercée, est ce qui forme la constitution de l'État » (*Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite des affaires de nations et de souverains*, Londres, 1758, t. I, Livre I, Chap. III, § 27).

95. *Ibid.*

96. « Rapport du Comité chargé du travail sur la Constitution », 9 juillet 1789, p. 71 (*in Orateurs de la Révolution française, t. I : les constituants*, Bibl. de la Pléiade, Gallimard, 1989, p. 863 et 864).

97. Sirey, 1931 (rééd. Economica, 1984), p. 110.

98. « Carré de Malberg », *in* O. Cayla, J.-L. Halpérin (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 88 (nous soulignons).

99. Ainsi notamment le Suisse Werner Kägi, qui chercha après-guerre à contrer les théories anti-positivistes weimariennes, parle de la constitution comme ordre juridique fondamental de l'État (*Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zurich,

Il est permis d'avancer que l'idée d'ordre constitutionnel dépasse la somme des articles d'un texte constitutionnel fût-il suprême (disons : supralégislatif). Derrière les mots d'un écrit constitutionnel — les mots sont toujours trop pauvres pour exprimer pleinement les choses, notamment ce qui est implicite dans un terme — se dresse presque inévitablement une idée plus globale, plus grande. Les acteurs du jeu constitutionnel sont sans cesse amenés à s'y référer. Les juges également, tantôt explicitement, comme les cours constitutionnelles allemandes, tantôt implicitement, comme le juge français[100]. La doctrine juridique elle-même, enfin, ressent souvent la nécessité de traduire cette idée (c'est pourquoi on rencontre, çà et là, le terme *ordre constitutionnel* sous la plume des professeurs de droit français), même si elle le fait plus intuitivement que de manière consciente. La raison fondamentale de ce besoin provient de cette donnée assez élémentaire, au fond, que les normes juridiques ne vivent (presque) jamais isolément les unes des autres ; c'est leur combinaison qui permet la réalisation juridique d'une communauté humaine, notamment un système de gouvernement et un système de protection des droits individuels. Pour le dire autrement, les normes juridiques sont conçues en vue d'un ordre normatif global et opèrent en se projetant en lui ; ils n'ont sauf exception de sens que par rapport à cet ordre. Il ne s'agit pas d'une idée politique, vaguement transcendante, mais bien d'une implication juridique immanente au droit, du moins au droit constitutionnel. Autrement dit, le terme « constitution » désigne *aussi* cet ensemble, cet espace au sein duquel « circulent » les règles de droit[101], qui n'existent que par référence à lui. Sur cet espace, cet ordre constitutionnel, n'hésitons pas à apposer également le beau nom grave de constitution.

Au terme de cette étude à la fois trop longue et trop courte, il n'est sans doute pas inutile d'en résumer les thèses principales.

Même si on l'aborde d'une façon prétendument « purement juridique » (il vaudrait mieux dire : purement technique), si tant est qu'une telle démarche soit vraiment possible et intellectuellement féconde, la notion de constitution est complexe et certainement pas réductible à un atome ultime : elle comporte nécessairement plusieurs facettes, essentiellement complémentaires qui, toutes, doivent non seulement retenir l'attention de la doctrine mais encore être convenablement pensées et nommées. La désignation de ces facettes impose des définitions stipulatives, dont la cohérence devrait aider à la communication entre juristes.

Polygr. Verlag, 1945). Ernst-Wolfgang Böckenförde devait plus tard nuancer considérablement en la qualifiant (de façon très juste, à notre sens) d'« ordre-cadre *(Rahmenordnung)* » (« Les méthodes d'interprétation de la constitution : un bilan critique », *in Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Bruylant-LGDJ, 2000, p 223-252 [227 et 249-250]).

100. Ce qu'a su montrer Jean-Michel Blanquer dans plusieurs articles séminaux, not. : « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel ? », *Mélanges Jacques Robert,* LGDJ, 1998, p. 227-238.

101. Nous empruntons cette expression à Rémy Libchaber dans son très bel essai *L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ/Lextenso, 2013.

L'opposition couramment avancée entre constitution coutumière et constitution écrite est largement réductrice, voire stérile. Le terme « constitution écrite » n'a guère de sens. Il existe des règles juridiques écrites (par opposition à celles qui ne sont pas écrites) ; sous ce rapport, la constitution signifie loi constitutionnelle. Si les principales d'entre elles sont collationnées dans un document ou un groupe de documents solennels, le terme qui convient est celui de constitution formelle ; le caractère écrit est la propriété formelle par excellence. Si la constitution formelle revêt toujours une signification politique (ou au moins symbolique) importante, elle ne possède en soi, dans l'absolu, pas de valeur juridique-technique particulière déterminée. La question de la place des règles qu'elle contient dans la hiérarchie des normes juridiques peut varier, selon la souplesse (totale ou partielle) ou la rigidité de sa procédure de révision. La plupart des pays sont aujourd'hui dotés de constitutions formelles et rigides, mais il pourrait tout à fait en être autrement ; le caractère rigide d'une constitution formelle est affaire de choix de politique constitutionnelle, non une propriété intrinsèque du concept formel de constitution en général. Doté ou non d'une constitution formelle (souple ou rigide), tout État possède une constitution matérielle, entendue au sens normatif : un ensemble disparate de règles, écrites ou non, de valeur différenciée, mais dont l'objet commun touche à l'organisation du pouvoir politique et aux garanties élémentaires des individus.

Ces sens matériel comme formel restent essentiellement statiques ; ils ne disent rien de l'effectivité et de l'application concrète de ces règles (questions qui, faut-il le souligner ?, relèvent encore du périmètre de la science du droit) : la *constitution réelle* ou *effective* est distincte de la constitution matérielle entendue normativement, comme elle est distincte de la constitution formelle.

Il n'existe dès lors aucune raison sérieuse de réserver, dans le discours juridique, le mot de constitution au seul document contenant les principales et plus hautes prescriptions juridiques d'un corps politique donné, bref, ce que l'on nomme la constitution formelle et rigide. Toutes ces facettes appartiennent au concept juridique de constitution. Mais, plus encore, celui-ci paraît bien surtout inclure une idée d'ordre, d'ensemble, qui est indissolublement lié aux différentes facettes repérées. Et ce visage d'ensemble de la constitution, cet ordre constitutionnel, n'est-il pas, au fond, la dimension unificatrice de la pluralité des facettes ? Sans doute est-il souvent plus facile (et sécurisant) de s'abandonner au doux confort de vues sagement répétées et patinées par le temps. Mais la mission véritable de la doctrine n'est-elle pas de réinterroger sans cesse ses concepts, aussi « monstrueux » fussent-ils ? La recherche d'instruments plus adéquats pour déchiffrer et expliquer le droit positif passe certainement par là.