

À LA RECHERCHE DU (OU D'UN) CONCEPT DE MUTATION CONSTITUTIONNELLE OU : LES MYSTÈRES DE LA NOTION DE CONSTITUTION

Armel LE DIVELLEC*

« Nous pouvons croire que nous avons devant nous la Constitution tout entière ; mais, en pratique, elle est ce que le gouvernement, dans ses divers départements, et le peuple, dans l'accomplissement de ses devoirs de citoyens, reconnaissent et respectent comme tel, et rien d'autre... »

Juge Thomas M. Cooley¹

Quelle que soit la position épistémique et théorique qu'il adopte (consciemment ou non), le juriste est perpétuellement amené à observer le devenir du droit dans le temps, c'est-à-dire dans son évolution temporelle, autrement dit de manière horizontale. Et même celui qui prétendrait photographier l'état du droit positif de manière purement statique, à un moment donné – de façon « verticale », donc –, ne saurait raisonnablement faire l'économie d'un regard horizontal puisque pour identifier les normes juridiques à l'instant « t », il doit regarder comment elles se présentaient juste avant (instant « t- n »).

La nécessité de ce regard horizontal pose la question des instruments de mesure ou d'analyse pour appréhender l'évolution. Elle prend un relief particulier dans le cas du droit constitutionnel dans la mesure où celui-ci, sans doute plus que les autres disciplines juridiques, est couramment perçu comme intégrant profondément la forme et le fond : dans la culture archétypale du constitutionnalisme libéral moderne, le fond du droit constitutionnel paraît presque totalement absorbé (ou au moins

* Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

¹ Cité par J. BRYCE, *La République américaine*, Giard & Brière, t. I, 2^e éd., 1911, p. 581.

surdéterminé) par la forme, à savoir un acte juridique écrit solennel, unique en son genre, que l'on nomme « la constitution », la loi suprême de l'ordre juridique, dite aussi couramment « constitution juridique » ou « constitution normative ».

Les juristes paraissent fréquemment hypnotisés par cette constitution, au point qu'il n'est pas rare qu'ils se contentent, lorsqu'ils abordent sur le plan de la dogmatique juridique la question du devenir de la constitution dans le temps², de l'examiner sous le seul angle de ses modifications formelles³, à savoir la « révision constitutionnelle », autrement dit la modification du texte de la constitution initiale⁴.

Pourtant, la plupart des juristes s'accorderont aisément sur le constat d'un phénomène qui « intuitivement », tombe sous le sens, du moins pour les constitutions à qui il est donné de durer un certain temps : même si son texte lui-même n'est pas modifié, aucune « constitution » n'est tout à fait la même avec le temps, elle évolue, elle est comprise de manière changeante, différente de ses débuts. C'est ici qu'intervient la notion de mutation constitutionnelle, en tant qu'elle est distincte d'une révision formelle. La mutation constitutionnelle est une révision informelle, donc non formalisée⁵, de la constitution ; une modification de cette constitution sans modification de son texte lui-même. Elle implique un changement, une transformation, à l'issue de laquelle on aboutit à quelque chose de différent de ce qui était au départ⁶.

² La question de la temporalité de la constitution n'a guère été étudiée par la doctrine dominante, en France. Sans doute est-ce dû à des raisons historiques précises – la courte durée de la très grande majorité des constitutions écrites depuis 1791 – mais aussi parce qu'on s'est beaucoup focalisé sur la question de la « suprématie » de la constitution, surtout à partir du moment où elle fut pensée en termes hiérarchiques, c'est-à-dire essentiellement en terme de normes. Le constitutionnalisme ancien, en revanche, accordait une place plus grande à la temporalité, y compris en terme de normes : le principe *lex posterior derogat priori* servant de principe régulateur essentiel.

³ La question se pose donc principalement pour les pays à constitution écrite ou formelle. S'agissant des constitutions coutumières, le problème est par définition différent. En revanche, le caractère rigide de la quasi-totalité des constitutions formelles aujourd'hui est en soi secondaire pour le problème ici abordé, comme on le verra.

⁴ Il suffit de consulter les manuels – en particulier français – de droit constitutionnel pour s'en convaincre : le chapitre sur la constitution comprend toujours de longs développements sur les problèmes juridiques des révisions (formelles) de la constitution, généralement à l'exclusion d'autres types de modification possibles. On serait bien en peine d'en citer un qui fasse une place significative à ces dernières.

⁵ C'est-à-dire, puisque l'écrit est la caractéristique principale des constitutions formelles, une modification le plus souvent « non écrite », sauf le cas particulier d'une norme infra-constitutionnelle, comme on le verra.

⁶ C'est une définition différente que proposait naguère Hsü Dau Lin (*Die Verfassungswandlung*, Berlin-Leipzig, De Gruyter, 1932, p. 17), qui définissait la mutation constitutionnelle comme la disparité entre « normes » et « réalité » constitutionnelles (« *Inkongruenz zwischen Verfassungsnormen und Verfassungswirklichkeit* »). Mais cette approche nous paraît trop large pour être retenue ici ; elle présente l'inconvénient d'amalgamer des problèmes distincts (on y reviendra plus loin), et n'a d'ailleurs pas été suivie par la doctrine.

La plupart des juristes sont mal à l'aise avec l'idée de mutation constitutionnelle car elle paraît fragiliser la normativité de la constitution⁷. Ce n'est pourtant pas une raison suffisante pour l'ignorer, d'autant qu'il y a tout lieu de penser que les changements informels ou mutations sont souvent bien plus intéressants à analyser que les révisions formelles.

Mais, au-delà du constat évident que les constitutions écrites changent, d'une manière ou d'une autre, existe-t-il un concept juridique (i.e. pour la théorie constitutionnelle) de mutation constitutionnelle ? La réponse n'est pas simple parce qu'elle soulève une question bien plus vaste, qui est rien moins que celle de la notion même de constitution, dont la science juridique contemporaine dominante, tout enivrée des succès remportés, depuis un demi-siècle (en Europe) par une certaine vision de la constitution libérale-démocratique, a eu tendance à négliger la complexité. Il peut y avoir plusieurs façons d'aborder le thème des mutations constitutionnelles. Et au rebours de la doctrine française qui, paradoxalement⁸, l'a délaissée, certaines doctrines étrangères y ont beaucoup réfléchi.

On présentera les principales idées qui ont pu être avancées sur les mutations avant de proposer une approche renouvelée.

I. LES ORIGINES DE LA NOTION EN DOCTRINE

La science du droit constitutionnel a pris conscience depuis longtemps du phénomène des mutations constitutionnelles, quoique cela n'ait pas remis en question ses « théories » ou approches classiques privilégiant la constitution comme texte et, du coup, la question de la révision (formelle).

A. – *La doctrine états-unienne*

Il est toujours périlleux de prétendre avoir trouvé la première occurrence d'une idée, mais il semble que ce soit le Britannique James Bryce auquel on doive la première systématisation du phénomène (mais toutefois pas le terme lui-même) des mutations constitutionnelles. Dans son grand ouvrage *The American Commonwealth* (1888)⁹, après avoir posé la

⁷ W. KÄGI, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zurich, Polygraphischer Verlag AG, 1945, p. 121 et s. K. HESSE, « Grenzen der Verfassungswandlung », *Festschrift Ulrich Scheuner*, Berlin, Duncker & Humblot, 1973, pp. 123-141 (136).

⁸ Paradoxe car l'histoire constitutionnelle française offre un riche terrain d'observation pour ce phénomène, ne serait-ce qu'avec les III^e et V^e Républiques.

⁹ New York-Londres, Macmillan, 3^e éd. 1893, p. 362. On se référera désormais à l'excellente traduction française : *La République américaine*, trad. fr., Giard & Brière, dans la seconde édition, 1911, t. I, p. 528 et s. (v. la 1^{ère} éd. 1900, t. I, p. 511 et s.).

distinction cardinale entre constitutions « flexible »¹⁰ et « rigide » – qu’il est aussi, on l’oublie trop souvent, le premier à avoir systématisée¹¹ –, il poursuit : « la Constitution des États-Unis, bien que rigide, a changé, s’est développée (...) de trois manières (...) :

- par amendement [i.e. par révision formelle de son texte, ALD]

- par interprétation du texte de la constitution¹² (on prendra soin d’observer qu’il ne dit pas : juridictionnelle ; l’interprétation de tout organe constitutionnel doit être prise en considération)¹³.

- par l’usage, « c’est-à-dire par l’établissement de règles qui ne contredisent pas ses dispositions expresses, mais leur donnent un caractère, un effet et une direction qu’isolées elles n’auraient pas et qui modifient matériellement leur fonctionnement. Ces règles prennent quelquefois la forme de statuts votés par le Congrès et abrogés par lui. Quelquefois, elles restent au degré de simple convention ou accord sans autorité légale, mais que tout le monde reconnaît et accepte. Quelle que soit leur forme, il ne faut pas qu’elles soient en contradiction avec la lettre de la Constitution ; si elles sont en conflit avec elle, elles seront considérées comme nulles, chaque fois qu’une question qui les implique viendra devant une cour de justice ».

Bryce note que les changements par cette troisième voie sont « plus nombreux que ceux provenant des deux autres modes, comme ils leur sont inférieurs en autorité et en durée »¹⁴. Dans un chapitre ultérieur, justement consacré à ce développement de la Constitution par l’usage, il en détaille les différentes modalités¹⁵. Outre le « développement par la législation congressionnelle », il revient plus longuement les « accords et conventions » qui peuvent modifier informellement la Constitution. Là encore, Bryce est influencé par son ami Dicey qui a canonisé trois ans auparavant la distinction entre « droit de la constitution » et « conventions de la constitution ». Mais tout en admettant qu’« aux États-Unis, ces accords sont moins nombreux qu’en Angleterre, (...) néanmoins, quelques-uns des traits du gouvernement américain auxquels il doit tout son caractère, et qui se présentent le plus souvent dans son fonctionnement quotidien, ne reposent ni

¹⁰ On emploie aujourd’hui plus volontiers, dans la littérature constitutionnelle française, le terme de « souple ».

¹¹ En modifiant, sous l’influence de son ami Dicey, son initiale *summa divisio* entre « constitutions historiques » et « constitutions écrites ». Sur cette histoire doctrinale, v. A. PACE, « Starre und flexible Verfassungen », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* (désormais : *JöR*), t. 49, 2001, pp. 89-101.

¹² « ...interprétation, cela veut dire par le déploiement du sens implicitement contenu dans ses termes nécessairement brefs ; ou par l’extension de ses dispositions à ces cas qu’elles ne visent pas directement, mais auxquels on doit considérer que s’applique leur esprit général » (pp. 528-529).

¹³ Il ajoute plus loin (p. 546) : « C’est donc une erreur de supposer que le pouvoir judiciaire est l’unique interprète de la constitution ».

¹⁴ *Ibid.*, p. 530.

¹⁵ V. le chap. 34, pp. 569-581 : « Développement de la Constitution par l’usage ».

sur la Constitution, ni sur le statut, mais uniquement sur l'usage ». Et Bryce de citer plusieurs exemples, notamment le mandat « lié » des grands électeurs présidentiels, la pratique des présidents de ne pas candidater plus de deux fois, la confirmation systématique par le Sénat des propositions de nomination présidentielles, le développement de comités permanents dans les deux chambres du Congrès.

Ce faisant, on peut se demander s'il ne dilue pas un peu la notion diceyenne de convention¹⁶, mais l'essentiel est, chez Bryce, la claire prise de conscience de l'importance des changements informels et leur exposition relativement détaillée dans son analyse de la Constitution, à travers les deux catégories, l'interprétation et l'usage¹⁷.

Chacun peut aisément se convaincre que la Constitution des États-Unis d'Amérique se prête particulièrement bien au thème des mutations car l'ancienneté et la continuité de son droit constitutionnel rendent inévitable une interrogation sur ce phénomène. Ce qui contribue à expliquer qu'après Bryce, ont prospéré, dans la science constitutionnelle américaine, des théories (ou des discours) relatives à l'idée d'une « constitution vivante » (*Living Constitution*) dont il faut noter la richesse et la vigueur¹⁸. Sans doute, ces thèses hardies demeurent controversées et discutables¹⁹, mais elles méritent mieux qu'une récusation dédaigneuse (et non argumentée), qui ne serait que le reflet d'un dogmatisme crispé et anti-scientifique.

B. – *La doctrine française*

Par contraste pour le moins radical avec son homologue d'outre-Atlantique, la doctrine constitutionnelle française n'a fait pratiquement aucune place au thème des mutations constitutionnelles²⁰. Et lorsqu'elle a pu

¹⁶ Encore que Dicey ait, lui aussi, cité la pratique du mandat lié des grands électeurs présidentiels ainsi que la limitation à deux des mandats présidentiels comme exemples de convention.

¹⁷ On peut relever dès à présent que cette distinction de Bryce entre « interprétation » et « usage » est peut-être discutable car on trouverait certainement des conventions qui sont des interprétations...

¹⁸ V. en français la riche thèse de A. VLACHOGIANNIS, *Les juges de la Cour suprême des États-Unis et la notion de constitution vivante* (Paris II, 2011). L'auteur emprunte notamment sa définition à David Strauss : la Constitution vivante est « une Constitution qui évolue, change au cours du temps et s'adapte aux nouvelles circonstances sans être révisée [il faudrait ajouter ici : « formellement », ALD] ». V. également, du même, ses deux recensions d'ouvrages autour de ce thème, *Jus Politicum*, n° 5 (2010) et n° 10 (2013).

¹⁹ Et ce, même si la culture états-unienne de la constitution n'est pas exactement la même qu'en Europe continentale : ne doit-on pas interpréter la *living constitution* comme le triomphe caché et posthume du *common law* sur la constitution écrite ? (je dois cette idée à Olivier Beaud).

²⁰ Comme l'avait remarqué déjà Hsü Dau Lin naguère (*op. cit.*, 1932, pp. 145-150).

approcher de la problématique, ce fut généralement sous l'angle, différent, de la coutume constitutionnelle.

Au moment où commence à s'édifier la doctrine constitutionnelle française classique, les auteurs majeurs que sont Esmein et Duguit ne réservent aucune place au problème des mutations en tant que tel dans leurs développements théoriques. On ne peut pourtant douter que ces deux grands esprits avaient bien conscience du phénomène mais ils ne semblent pas avoir cherché à le conceptualiser.

En revanche, Raymond Saleilles, dans l'un de ses (trop) rares écrits d'un peu d'ampleur sur le droit constitutionnel de la III^e République²¹, insistera beaucoup sur le primat du non écrit sur l'écrit en matière constitutionnelle. S'il ouvre la voie au courant doctrinal qui s'intéressera au problème de la coutume, il n'en évoque pas moins, dans de remarquables pages, la question de l'évolution informelle des textes constitutionnels. Il énonce en effet « qu'en France, nous nous éloignons de plus en plus de l'idée d'une constitution écrite. (...) C'est en raison de sa forme fragmentaire et du fait que la Constitution ne contient pas tout et qu'elle n'a pas élaboré toute l'organisation politique et administrative selon un plan unique, que l'on reconnaît que quelque chose a existé avant elle et que ce quelque chose continue d'exister depuis. (...) La Constitution, qui ne doit pas son origine à un droit écrit, *continue à se développer et à se façonner en dehors du droit écrit*, sous l'influence de cette vie sociale. Ainsi, une constitution organique se crée en France, reposant sur les fondations fournies par la constitution écrite. (...) Indubitablement, en dépit de toute législation prétendue positive, il y a toujours eu *cette sorte de poussées spontanées et imperceptibles*, comme cela se produit dans toutes les constitutions »²². Plus loin, après avoir signalé les changements formels subis par les lois constitutionnelles de 1875, il ajoute : « Toutefois, les modifications les plus profondes dans le gouvernement d'un pays sont les modifications internes qui se révèlent dans les grands courants d'opinion publique (...) ». Outre ceux émanant des partis, et qui « ne constituent guère plus qu'un état d'esprit », il faut relever qu'« il existe d'autres courants, à commencer par ceux qui résultent de la façon dont la Constitution est appliquée par ceux à qui en incombe le soin – corps politiques, assemblées et gouvernement. Il va sans dire que cette pratique constitutionnelle fait partie de la description et de l'étude de la Constitution elle-même. (...) De tels courants affectent la Constitution, dans la mesure où ceci inclut non seulement l'enveloppe légale et écrite du pays,

²¹ « The Development of the present Constitution of France », *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1895, maintenant traduit en français : *Le droit constitutionnel de la Troisième République*, Dalloz, 2010, avec un avant-propos de N. FOULQUIER et G. SACRISTE.

²² Art. cit., pp. 64-65 passim. Souligné par nous.

ce qui en fait un phénomène purement juridique, mais qui inclut aussi toute la structure sociale du pays »²³.

Après Saleilles, Maurice Hauriou est le seul des « classiques » à se rapprocher de la problématique des mutations, même s'il reste prudent. Non seulement il met en avant, d'une manière générale, dans sa présentation du « droit de la constitution », « les institutions et pratiques gouvernementales coutumières »²⁴, mais ajoute encore, à propos des « faussements de la constitution » (p. 260), qu'il définit comme « les déformations que la pratique apporte au fonctionnement des institutions gouvernementales et aux rapports entre les pouvoirs publics », ce passage significatif : « La pratique établit souvent des usages qui sont contraires au texte même de la constitution et qui posent la question de l'abolition de ces textes par le non-usage. (...) Il convient de poser en principe, tant à cause de la rigidité de la constitution qu'à la raison du fait que notre droit n'admet pas l'abrogation des lois par le non-usage, que les faussements de la constitution sont des simples faits qui ne modifient pas l'état du droit » (p. 261). Et : « Il y aurait donc une distinction à faire selon que la pratique suivie s'éloigne ou se rapproche du droit commun constitutionnel. Je me borne à poser la question sans la résoudre, la question du droit commun constitutionnel n'étant pas assez mûre » (p. 261).

Après sa mort, René Capitant, indirectement, avec sa thèse de doctorat sur l'impératif juridique et ses célèbres écrits de 1930-1934 sur la coutume constitutionnelle et (surtout) le droit constitutionnel non écrit²⁵, relancera un peu la réflexion, sans être suivi par la doctrine (un Denis Lévy²⁶ mis à part), jusqu'à ce qu'elle soit renouvelée, plus d'un demi-siècle plus tard, par Pierre Avril à travers le thème des conventions de la constitution.

Mais elle ne sera jamais systématisée et le thème des mutations ne vient pas, dans la doctrine française, s'insérer, sur un plan théorique, au problème général de l'analyse du devenir des constitutions, traité (quand il l'est...) sur un mode mineur ou anecdotique.

²³ Art. cit., pp. 90-91 *passim*. Saleilles termine en renvoyant, en note, à l'ouvrage « suggestif » de Christopher Tiedeman, *The Unwritten Constitution* (New York-Londres, Putnam, 1890).

²⁴ *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 2^e éd. 1929, p. 218. On notera qu'il y inclut, un peu curieusement, les règlements des assemblées parlementaires (sans doute parce qu'ils « ne sont pas consacrés par la loi ») et, d'autre part, ajoute plus loin (p. 221) : « les pratiques constitutionnelles sont cependant des règles de droit », quoique « pas sanctionnées par le juge », mais « 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 ».

²⁵ Textes repris dans ses *Ecrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, Éd. Panthéon-Assas, 2004.

²⁶ « Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit constitutionnel », *Mélanges Waline*, 1974, t. I, pp. 39-46. « De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction », *Mélanges Eisenmann*, 1975, pp. 81-90. « Les sources du droit constitutionnel », *Mélanges Jeanneau*, 2002, pp. 207-220.

C. – La doctrine allemande

C'est bien plutôt dans la doctrine allemande, ancienne et contemporaine, que le thème et le concept de mutation constitutionnelle va faire l'objet de développements substantiels et de vifs débats qui n'ont pas cessé à ce jour.

Dans le contexte de la Constitution de l'Empire fédératif de 1871 (Constitution bismarckienne), texte à certains égards de camouflage, délibérément bref et souvent obscur²⁷, les juristes vont être rapidement frappés par l'écart entre l'écrit constitutionnel et les développements de l'ordre constitutionnel effectif.

Albert Hänel semble avoir été le premier à signaler cet écart, sans l'approfondir²⁸, avant que le chef de file de la doctrine positiviste alors en expansion, Paul Laband, n'aborde lui-même la question²⁹. Mais son analyse ne dépassait pas l'ordre du constat (la transformation, par des lois ordinaires et certaines pratiques, de l'initiale association d'États sous hégémonie prussienne en un véritable État fédéral), sans avoir les moyens de les comprendre, avec son système logico-formel³⁰.

Il devait revenir à Georg Jellinek de marquer durablement le thème des mutations, en Allemagne, avec son importante brochure, parue en 1906, intitulée *Révision et mutation constitutionnelles (Verfassungsänderung und Verfassungswandlung)*³¹. Des deux modalités de transformation d'une constitution écrite, c'est bien la seconde, l'informelle, qui occupe l'essentiel de son propos. Sans doute Jellinek se contente-t-il essentiellement, dans cet essai, de dresser une liste des types de mutations observables dans la vie constitutionnelle (allemande ou étrangère) de son temps ; mais il ne bâtira pas de théorie des mutations constitutionnelles et l'essai glisse peu à peu vers la description critique des évolutions contemporaines du système

²⁷ Il s'agissait d'empêcher tout mouvement de parlementarisation de l'Exécutif impérial (v. A. LE DIVELLEC, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne*, LGDJ, 2004, pp. 11-17).

²⁸ « Même au sein du cadre en apparence ferme du document constitutionnel s'est réalisée, dans la disposition organisationnelle de la Constitution allemande, une évolution (*Entwicklung*) non aboutie mais seulement consolidée en certains points » (*Die Organisatorische Entwicklung der Deutschen Reichsverfassung*, 1880, p. 96).

²⁹ P. LABAND, *Die Wandlung der Deutschen Reichsverfassung*, Dresde, 1895 ainsi que « Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung », *JöR*, t. I, 1907, pp. 1-45.

³⁰ Comme le résume C. SCHÖNBERGER, *Das Parlament im Anstaltstaat*, Francfort, Klostermann, 1997, p. 214. Il se peut même que le fait de signaler cette évolution, préoccupante au plan théorique pour le logicien, permettait implicitement à Laband, comme l'avance Hsü Dau Lin (*op. cit.*, p. 99), de dévaloriser la notion de constitution formelle, qu'il a toujours minorée.

³¹ Berlin, O. Häring, 1906, vii-80p, rééd. Goldbach, Keip, 1996. Il avait déjà évoqué brièvement la question dans sa *Théorie générale de l'État*, en 1900 : G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Tubingue, Mohr, pp. 534-539 (trad. fr. : *L'État moderne et son droit*, 1905, rééd. Éd. Panthéon-Assas, 2005, t. II, pp. 213-218).

représentatif en Occident, et plus particulièrement du parlementarisme, sous l'effet de la montée des partis, du suffrage universel, de la presse et de l'opinion publique³². On notera qu'il a une approche large des mutations, contrairement à la doctrine constitutionnelle allemande contemporaine. Et son relevé manque singulièrement de netteté : il distingue les mutations par l'interprétation du texte (comme Bryce, il ne la limite pas à l'interprétation juridictionnelle : le Parlement et l'administration comptent également), par la pratique constitutionnelle (qui le fait aborder le thème des conventions), par le non-usage de compétences étatiques (il se limite aux exemples du veto royal et de la responsabilité ministérielle) puis évoque la façon dont sont comblées les « lacunes constitutionnelles ».

C'est donc sans doute moins par le fond de sa démonstration et ses arguments en tant que tels que par la valorisation d'une idée générale – et du terme lui-même (au rebours de Bryce, qui se contentait d'employer celui de « développement »), appelé à être repris –, que Jellinek, positiviste chevronné, a grandement contribué à légitimer, dans la doctrine germanique, la catégorie « mutation constitutionnelle » comme notion de théorie constitutionnelle.

Après lui, plusieurs auteurs allemands contribueront à enrichir la réflexion sur le problème des mutations constitutionnelles : Julius Hatschek (par les conventions)³³, Conrad Bornhak (par la coutume)³⁴, Heinrich Triepel³⁵ et Rudolf Smend³⁶ (par le droit constitutionnel non écrit puis, alors que la Constitution de Weimar ouvre de nouvelles questions, par l'accent mis sur la dynamique du système constitutionnel) et enfin la thèse de Hsü Dau Lin, un élève de Smend, en 1932, qui opère une certaine synthèse, tout en étant fortement marqué par le positionnement anti-positiviste de son

³² V. H. A. WOLFF, « Verfassungswandel und ungeschriebenes Verfassungsrecht im Werke Georg Jellineks », in S. PAULSON, M. SCHULTE (dir.), *Jellinek -- Beiträge zu Leben und Werk*, Mohr, 2000, pp. 133-153. O. JOUANJAN, « Le problème du changement constitutionnel informel et ses perspectives théoriques dans l'oeuvre de Georg Jellinek », in A. VIALA (dir.), *La Constitution et le temps*, Lyon, L'Hermès, 2003, pp. 185-203.

³³ « Konventionalregeln oder über die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung im öffentlichen Recht », *JöR*, vol. 3, 1909, p. 1 et s.

³⁴ « Wandlungen der Reichsverfassung », *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 26, 1910, pp. 373-400.

³⁵ Not. *Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche*, Tubingue, Mohr, 1907, p. 8 et s.

³⁶ Not. dans « Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat », *Festgabe für Otto Mayer*, Tubingue, Mohr, 1916, p. 247, ainsi que « Die Verschiebung der konstitutionellen Ordnung durch die Verhältniswahl », *Festgabe Karl Bergbohm*, 1919 (où il parle de « déplacement » (*Verschiebung*) – le terme lui-même est un peu curieux – de l'ordre constitutionnel par l'introduction de la représentation proportionnelle dans les élections politiques) et son ouvrage majeur, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928 (ces trois textes sont réédités in SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2^e éd. 1968, respectivement pp. 39-59, 60-67 et pp. 241-242).

maître, même s'il s'en démarque à l'occasion³⁷. Par la suite, dans un autre contexte, celui de la R.F.A., la doctrine juridique allemande ne perdra pas de vue la question des mutations, sans parvenir toutefois à un consensus³⁸.

On pourrait ajouter que la doctrine italienne, alimentée par les discussions anglo-saxonnes et germaniques, n'a pas négligé le problème non plus.

II. CARACTÈRE INSATISFAISANT DES APPROCHES ACTUELLES

Les approches doctrinales de la notion de mutation constitutionnelle sont donc très variées. Elles oscillent entre le fourre-tout et le trop restrictif (avec, bien sûr, des dégradés entre eux). Jellinek et Bryce, on l'a vu, adoptaient une approche plutôt très large, incluant non seulement les interprétations juridictionnelles et non juridictionnelles, mais encore différents types de pratiques. La doctrine allemande contemporaine, au contraire, privilégie le plus souvent une approche étroite.

Dans la lignée de Konrad Hesse³⁹, Andreas Voskuhle⁴⁰ estime qu'au sens « spécifiquement juridique » (qui s'opposerait, prétend-il, au sens « historico-phénoménologique »), une mutation constitutionnelle est une modification du sens initial d'une norme constitutionnelle ou de parties de la constitution sans modification du texte constitutionnel. C'est réduire (abusivement, me semble-t-il) d'emblée la notion de mutation. Même Ernst-Wolfgang Böckenförde retient une approche plutôt restrictive de la notion, ce qui pourrait surprendre chez un auteur influencé par Carl Schmitt⁴¹.

³⁷ *Die Verfassungswandlung*, Berlin-Leipzig, De Gruyter, 1932.

³⁸ A. Frh. von der HEYDTE, « Stiller Verfassungswandel und Verfassungsinterpretation », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 39, 1950/51, p. 461. P. LERCHE, « Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum », *Festschrift Theodor Maunz*, Munich, Beck, 1971, p. 285. A. ROBNAGEL, « Verfassungsänderung und Verfassungswandel in der Verfassungspraxis », *Der Staat*, vol. 22, 1983, pp. 551-577. Horst Dreier (« Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts », in A. v. BOGDANDY et alii (dir.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Heidelberg, C.F. Müller, t. I, 2007, pp. 31-32), s'appuyant sur B.-O. Bryde (*Verfassungsentwicklung. Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden, Nomos, 1982, p. 20, 22), considère que le terme de « évolution constitutionnelle » (*Verfassungsentwicklung*) pourrait être la notion générale (*Oberbegriff*) réunissant révision formelle et mutation silencieuse de la constitution.

³⁹ « Grenzen der Verfassungswandlung », *Festschrift Scheuner*, 1973.

⁴⁰ « Gibt es und wozu nutzt eine Lehre vom Verfassungswandel ? », *Der Staat*, 2004, pp. 450-459.

⁴¹ « Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel. Wege und Verfahren des Verfassungslebens », *Festschrift Peter Lerche*, 1993, p. 3 (rééd. in B. GUGGENBERGER, T. WÜRTEMBERGER (Hg), *Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik ? Das Bundesverfassungsgericht im Widerstreit*, Baden-Baden, Nomos, 1998, pp. 44-56).

Dans sa récente et riche thèse, Manon Altwegg-Boussac donne la définition suivante : « il s'agit dans un même système de constitution écrite, et en dehors de toute révision constitutionnelle, des phénomènes d'attribution par voie interprétative d'une ou plusieurs significations normatives de la matière constitutionnelle, distincte de celles que contient le cadre de la constitution écrite »⁴². Comme dans la plupart des approches de la doctrine allemande contemporaine, une telle définition est centrée sur les normes et l'interprétation, même si elle ouvre à un possible élargissement sur ce qui peut être la « matière constitutionnelle ».

À l'extrême, pour Peter Häberle⁴³, le concept même de mutation constitutionnelle est à dissoudre. Défendant la thèse de la « la société ouverte des interprètes constitutionnels », cet héritier iconoclaste de Smend adopte une conception très (trop ?) ouverte de la fabrication du droit constitutionnel. Il abolit pratiquement la distinction entre législation et interprétation, si bien que, pour lui, le problème de la mutation constitutionnelle se révèle tout bonnement un problème d'interprétation... mais une interprétation dans un sens notablement différent, plus large, que la doctrine habituelle puisque essentiellement créatrice.

De même, selon la théorie réaliste de l'interprétation, du moins telle qu'elle s'est développée en France autour de Michel Troper, la norme n'existant que par l'interprétation conçue essentiellement comme un acte de volonté, le concept de mutation constitutionnelle n'a guère de sens ou bien alors ne peut avoir qu'une place très restreinte.

On voit par là que l'admission éventuelle d'un concept à peu près consistant de mutation constitutionnelle est dépendant de la définition que l'on donne de la constitution et du droit constitutionnel⁴⁴. Or, précisément, il n'y a pas accord doctrinal sur la notion. Et si certains courants de la science du droit constitutionnel parviennent, pour eux-mêmes, à une conception (relativement) cohérente, tel n'est pas le cas de la majeure partie des auteurs.

Pour les normativistes les plus purs, qui considèrent que la constitution est (et n'est qu') une norme supérieure de production des normes, la question des mutations n'a tout simplement pas de sens⁴⁵. D'autres, quoique

⁴² M. ALTWEGG-BOUSSAC, *Les changements constitutionnels informels*, Thèse Droit Paris X, 2012, p. 51 (à paraître dans la collection des thèses de la Fondation Varenne, LGDJ).

⁴³ « Zeit und Verfassung », *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1974, p. 130 et *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978. V. aussi, en français, son ouvrage, *L'État constitutionnel*, Economica, 2004.

⁴⁴ Ce qu'admettait déjà W. KÄGI, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zurich, Polygraphischer Verlag AG, 1945, pp. 121-122.

⁴⁵ V. mais dans une formulation un peu différente par rapport au thème des mutations, O. PFERSMANN, « De l'impossibilité de changement de sens de la constitution », *Mélanges Pactet*, Dalloz, 2003, pp. 353-374.

avec un peu plus de souplesse, campent néanmoins sur une position extrêmement restrictive⁴⁶. D'un point de vue strictement positiviste-logique, comme l'observe Walter Pauly⁴⁷, les mutations constitutionnelles ne seraient juridiquement admissibles que si le droit positif les acceptait explicitement – ce qu'il ne fait, bien sûr, jamais ouvertement ! Ainsi, par exemple, la Constitution allemande de 1949 énonce que « la Loi fondamentale *ne peut être modifiée* que par une loi qui en modifie ou en complète expressément le texte » (art. 79, al. 1^{er}, phrase 1 – nous soulignons). Même avec des formules moins catégoriques, les constitutions formelles contemporaines sont toutes sous-tendues par cette idée implicite que l'intégralité du droit constitutionnel supérieur est contenue dans le document qui porte ce nom. Il s'agit d'une gigantesque illusion, mais elle relève en quelque sorte d'un postulat, d'un véritable dogme, inhérent à l'esprit dominant du constitutionnalisme moderne. À preuve, le gros des bataillons de juristes contemporains, notamment en Europe continentale, que l'on peut qualifier d'essentiellement (mais, en réalité, pas entièrement) positivistes-formalistes, considèrent que la question doit être limitée aux interprétations des normes écrites dans la constitution formelle et qui plus est, des interprétations données par les juridictions (celles des autres organes n'étant généralement pas considérées ou bien marginalement). Au fond, pour ce courant (très dominant parmi les juristes contemporains, en Allemagne comme en France), il n'existe pas de moyen terme entre la notion d'interprétation constitutionnelle et celle de révision formelle du texte⁴⁸. Au mieux admet-il que l'on puisse parler de mutation constitutionnelle dans le cas de la jurisprudence, étant entendu que celle-ci ne saurait créer du droit nouveau mais seulement le « découvrir » puisqu'il serait par définition en germe dans le texte⁴⁹.

À l'opposé, d'autres juristes, assez nombreux (notamment en France) n'auront pas de véritable difficulté à employer le terme de « mutation » appliqué à la constitution (sans autre précision, dans un flou – rarement artistique – mêlant les règles juridiques et les éléments politiques pratiques), mais sans lui attacher la rigueur d'un concept. « Mutation » signifie pour eux simplement « évolution » ou « changement ». Ils ne cherchent pas à le

⁴⁶ M. JESTAEDT, « Herr und Hüter der Verfassung als Akteure des Verfassungswandels. Betrachtungen aus Anlass von 60 Jahren Grundgesetz », in Helmut Neuhaus (Hg), *60 Jahre BRD, Atzelsberger Gespräche 2009*, Erlangen, VDS, 2010, pp. 35-99 (41-42).

⁴⁷ « Verfassungswandel und normative Kraft des Faktischen », Préface à la réédition de G. JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Goldbach, Keip, 1996, pp. VII-VIII.

⁴⁸ M. JESTAEDT, « Verfassungsgerichtspositivismus », in O. DEPENHEUER et alii, *Nomos und Ethos. Hommage an Josef Isensee*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, pp. 183-228. Egalement, A. VOSSKUHLÉ, art. préc., p. 455.

⁴⁹ M. Jestaedt emploie joliment l'image du baiser (du prince charmant) réveillant la princesse endormie : le juge ne ferait que réveiller la norme assoupie dans le texte constitutionnel.

conceptualiser ni à l'insérer dans une pensée ordonnée, une théorie de la constitution, que l'on serait d'ailleurs bien en peine de trouver chez eux.

Il est difficile de ne pas voir qu'aucune de ces positions n'est satisfaisante. Comme l'a récemment remarqué, à juste titre, Heinrich Wolff, les phénomènes qui ne trouvent pas leur fondement explicite dans la constitution écrite ou qui contredisent celle-ci ne sont généralement plus expliqués en doctrine au moyen de la notion de mutation constitutionnelle ; mais ils n'en demeurent pas moins et la dogmatique actuelle n'en propose aucune explication satisfaisante⁵⁰. C'est pourquoi il faut se risquer à tenter d'en esquisser une.

III. PROPOSITION D'APPROCHE NOUVELLE DE LA NOTION DE MUTATION CONSTITUTIONNELLE

A. – *Observations liminaires*

Il est nécessaire, en premier lieu, de préciser que le concept de mutation constitutionnelle (s'il existe) est distinct de celui de convention de la constitution et même du droit constitutionnel non écrit en général : des conventions peuvent être le vecteur ou le révélateur d'une mutation constitutionnelle, mais ce n'est pas le cas de toutes les conventions puisque certaines d'entre elles ne font que préciser l'application d'un énoncé normatif non encore concrétisé. D'autre part, certaines mutations peuvent se produire sous d'autres formes que des conventions.

On peut ensuite se demander à partir de quel stade et jusqu'où il convient de parler de mutation constitutionnelle : les énoncés écrits de la constitution formelle peuvent être affectés par un acte, une décision ou une pratique, sans qu'il faille nécessairement aller jusqu'à considérer que l'on est en présence d'une véritable mutation. La mutation suppose une transformation de ce qui était reconnu ou admis par l'opinion commune auparavant. Or, d'une part, tout énoncé général ou ouvert de la constitution formelle doit être (à des degrés divers) précisé à l'occasion de ses premières applications, c'est-à-dire concrétisé ; une première concrétisation n'est donc pas, en principe, une mutation⁵¹. D'autre part, un énoncé du parchemin

⁵⁰ Art. préc., pp. 152-153. Dans le même sens, la splendide analyse de Denis Baranger, « Normativisme et droit politique face aux changements constitutionnels informels. Avant-propos à la thèse de Manon Altwegg-Boussac », *Jus Politicum*, n° 11, 2013.

⁵¹ C'est pourquoi ne peuvent probablement être qualifiés de mutation constitutionnelle la décision du président (et de son gouvernement) de recourir à l'article 11 pour réviser la Constitution française en 1962 et 1969, non plus que les refus de signature, par le président, des projets

constitutionnel peut acquérir, par tel ou tel acte, décision ou pratique, une portée spécifique, particulière, mais qui n'était ni interdite ni attendue par ses lecteurs⁵².

Enfin, il importe de relever que la notion de mutation constitutionnelle pose le problème de la normativité d'une constitution, qui est habituellement posée de manière trop floue et trop générale par la vulgate doctrinale. Et ce, notamment parce qu'elle hésite constamment entre, d'une part, une compréhension de la constitution identifiée aux (seules) règles couchées sur le papier (dont elle postule l'univocité *ab initio* et l'effectivité immédiate) et, d'autre part, une autre compréhension qui l'identifie à la « constitution réelle » lato sensu, c'est-à-dire son fonctionnement pratique, mais dont, faute d'explication, on perd de vue ce qui est (ou censé être) juridique. Egalement parce qu'elle parle de « la constitution » comme d'un bloc, en négligeant généralement de spécifier que « la constitution », même entendue au sens formel, n'existe pas juridiquement comme une totalité ; ce n'est qu'une manière de parler (ou d'écrire), par métonymie ou synecdoque. Seules existent différentes normes du droit de la constitution (certaines d'entre elles pouvant d'ailleurs être des dispositions à charge juridique faible voire nulle). Enfin, la doctrine dominante ne fait pas assez la distinction entre le type de règles juridiques que l'on trouve dans une constitution formelle (notamment selon le degré d'impérativité, qui peut varier considérablement, ou bien en considérant la spécificité des règles simplement habilitatrices, dont le non-usage peut bouleverser pratiquement tout un pan d'une constitution)⁵³.

La notion de mutation constitutionnelle suppose qu'existe au minimum un cadre qui serait le droit constitutionnel formel, à partir duquel les mutations opéreraient. Mais la façon dont on pense généralement ce socle est très peu satisfaisante. L'idée dominante relative à la constitution formelle tend à faire accroire que celle-ci contient déjà plus ou moins sa vérité : il y aurait un droit littéral connaissable et dont des mutations constitutionnelles

d'ordonnances et de nominations durant la première cohabitation, puisque ces questions n'avaient pas été posées aux acteurs auparavant.

⁵² Ainsi par exemple, la disposition du règlement intérieur du Bundestag allemand prescrivant le vote à bulletins secrets pour l'élection du Chancelier fédéral ou pour le vote sur une motion de censure constructive. Les articles 63 et 67 de la Loi fondamentale sont affectés par cette disposition infra-constitutionnelle, mais on ne peut considérer qu'ils subissent une mutation. De même pour les textes (lois organique et ordinaire, décret, etc...) qui ont concrétisé le dispositif de la Question prioritaire de constitutionnalité en France, dont le principe général est posé à l'article 61-1 de la Constitution formelle.

⁵³ Jellinek avait pressenti ce problème, en évoquant la nécessaire distinction entre le « droit dispositif » (*dispositives Recht*) ou flexible, par opposition au « droit contraignant (*zwingendes Recht*) » (*op. cit.*, pp. 29-31).

s'écarteraient⁵⁴. Or, justement, il n'existe pas de règle juridique « sur le papier ». Même rédigée avec soin et force précisions, la règle n'émerge qu'à travers sa reconnaissance (sous différentes formes, au premier rang desquelles l'interprétation) par les institutions constitutionnelles.

*B. – La constitution derrière la constitution :
de la loi constitutionnelle à l'ordre constitutionnel*

Un grand nombre de malentendus à propos de la notion de mutation constitutionnelle résultent donc d'un autre malentendu, fondamental, sur la notion même de constitution. S'il en est ainsi, c'est parce que nombre d'auteurs (la grande majorité, en fait) adoptent (le plus souvent inconsciemment) une conception simultanément trop étroite et trop large (ou surchargée) de la constitution. Ce n'est paradoxal qu'en apparence. Leur notion est trop étroite car elle limite « la constitution » aux normes juridiques écrites consignées dans le document de la constitution formelle c'est-à-dire, à proprement parler, la loi constitutionnelle formalisée (ou, souvent, « tirées » c'est-à-dire déduites de ce document – un peu par un enchantement scientifiquement suspect). Mais simultanément, ces auteurs semblent persuadés⁵⁵ que cette loi constitutionnelle formalisée contient tout le droit constitutionnel fondamental et fait système de manière opératoire et concrète. On peut observer en passant que, ce faisant, ils trahissent complètement les postulats de la « théorie pure » du droit et du positivisme épistémique et théorique le plus achevé⁵⁶. Mais il y a plus grave (à nos yeux) : ils négligent une distinction fondamentale entre la collection de règles juridiques qui sont appliquées effectivement et le système constitutionnel en tant que réalité concrète effective (la « constitution réelle », pourrait-on dire, mais entendue dans un sens étroit, et non pas au sens large de « système politique »). Or, cette distinction est indispensable,

⁵⁴ Jellinek, encore lui, avait été frappé par le fait qu'il puisse exister du droit en dehors de la constitution formelle, du moins dans les pays qui en étaient dotés (il n'hésitait toutefois pas à examiner également le problème des mutations de la Constitution anglaise). La notion de mutation constitutionnelle n'est vraiment compréhensible qu'en partant de l'idée répandue (sinon dominante) que la constitution formelle relève du genre de la codification (idéal de complétude, de système contraignant très délimité...).

⁵⁵ « Semblent », car en réalité, ils n'explicitent presque jamais cette conception, qui leur paraît aller tellement de soi qu'elle ne mérite pas, à leurs yeux, d'être expliquée.

⁵⁶ On vise ici sa quintessence kelsénienne, en particulier la dualité entre « être » et « devoir-être », et la récusation du principe de causalité au profit du principe d'imputation pour expliquer les relations entre normes. Mais il faut ajouter qu'il existe, dans la doctrine constitutionnelle, tout un dégradé de positions qui se considèrent comme positivistes sans suivre entièrement les postulats de Kelsen.

du moins si l'on ne prétend pas isoler un monde des normes juridiques du monde réel (et c'est bien ainsi que se situent la grande majorité des juristes).

On peut parler d'une « constitution derrière la constitution, pour reprendre, en la subvertissant, dans un sens non exclusivement normativiste, la belle formule récemment avancée par un strict positiviste imaginaire, Matthias Jestaedt⁵⁷. Pour celui-ci, il existe une constitution de la dogmatique (le strict droit positif), qui doit, à peine de relative stérilité, être éclairée par une seconde constitution, celle de la théorie constitutionnelle, forcément plus large, mais qui n'est pas à proprement parler du droit (en tout cas pas du droit positif) ; elle est en quelque sorte la constitution intellectuelle (elle n'existe que dans les têtes des individus...)⁵⁸. Sans reprendre le postulat strictement positiviste de M. Jestaedt, il nous semble que l'idée de dualité est judicieuse et féconde, mais qu'il conviendrait de la reformuler ainsi : derrière la loi constitutionnelle formalisée (le droit de la constitution, constitué d'une collection de règles juridiques positives et effectives – dans leur majorité tirées d'énoncés écrits –, c'est-à-dire d'énoncés concrétisés), existe ce que l'on pourrait appeler un ordre constitutionnel, qui est la résultante de l'application combinée des règles de la loi constitutionnelle positive et de divers éléments juridiques mais non réductibles à des normes étroitement entendues. C'est cet ordre (et non la simple collection de normes juridiques distinctes) qui constitue le cadre juridique au sein duquel se réalise la vie du droit. Mais on doit admettre qu'il ne se constitue pas sans un important premier travail d'interprétations, d'opérations intellectuelles et d'actions pratiques par les acteurs institutionnels. Il est déjà un construit, non un donné d'avance.

Cet ordre comprend, en particulier, le système de gouvernement structurel d'un pays (on ne dira pas : système politique, qui est plus large et déborde le droit) ; il en est la composante majeure – car le premier objet d'une constitution libérale démocratique a toujours été d'être un instrument de gouvernement (pour limiter le pouvoir, encore faut-il que ce pouvoir existe). Il comprend en outre un système de protection des droits et libertés

⁵⁷ *Die Verfassung hinter der Verfassung*, Paderborn, Schöningh, 2009. V. aussi, du même auteur, « La double constitution – Une stratégie positiviste », *Jus Politicum*, n° 6, 2011 (<http://juspoliticum.com/La-double-constitution-Une.html>) et, en version papier, *Jus Politicum*, vol. IV, 2012, pp. 275-291. Sur les thèses de l'auteur, v. L. HEUSCHLING, « De l'intérêt de la théorie, de la théorie générale de l'État, de la théorie constitutionnelle. À propos d'un livre récent de Matthias Jestaedt », *Jus Politicum*, n° 5, 2010 (<http://juspoliticum.com/De-l-interet-de-la-theorie-de-la.html>) et la version papier, vol. III, 2011, pp. 225-265.

⁵⁸ Dans le même sens (quoique dans une perspective qui n'était pas celle, strictement positiviste, de M. Jestaedt), Martin Morlok écrivait naguère, dans une vaste réflexion sur l'utilité d'une théorie constitutionnelle distincte de la simple dogmatique, que le refuge dans la prétendue « méthode juridique » (avatar de celle autrefois avancée par Laband) n'était d'aucun secours (*Was heisst und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie ?*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, not. pp. 201-202).

fondamentaux et enfin un système de régulation générale du corps politique (essentiellement constitué de principes matériels structurants implicites ou explicites, par exemple, la souveraineté étatique ou encore le principe démocratique).

La constitution formelle (ou mieux : la loi constitutionnelle formalisée) ne se suffit jamais à elle-même ; elle n'est qu'une collection de normes (et parfois aussi d'énoncés divers, descriptif ou à charge normative nulle), toujours insuffisante à expliquer le droit constitutionnel opératoire, c'est-à-dire le droit (effectivement) positif. Celui-ci est tout bonnement inintelligible à l'aide des seuls énoncés du texte de la loi constitutionnelle formalisée⁵⁹. Pour l'identifier, il est nécessaire d'opérer des mises en relation nombreuses et complexes, non seulement des normes ponctuelles entre elles, mais également entre des normes ponctuelles – y compris des règles implicites – et des éléments qui ne sont pas des normes, à savoir des représentations, des valeurs et des faits (par exemple, la conduite du titulaire d'une institution)⁶⁰. Et il est facile de se rendre alors compte que le « droit positif » n'offre qu'un cadre qui n'est jamais entièrement déterminé mais souple, à l'intérieur duquel un système de gouvernement déterminé va pouvoir s'établir⁶¹.

Or, les mutations constitutionnelles (telles que définies plus haut) les plus importantes portent généralement sur l'ordre constitutionnel lui-même et non pas tant sur telle ou telle partie de la loi constitutionnelle formalisée.

On peut ici faire trois observations complémentaires.

Si l'on considère la constitution comme un ordre-cadre, nombre de phénomènes « informels » (i.e. qui se jouent au-delà ou en marge du texte de la loi constitutionnelle formalisée) sont inévitables et ne sont pas de véritables mutations : il s'agit des (inévitables) concrétisations particulières, des développements constitutionnels. Ils invalident la croyance de la plupart des pionniers du constitutionnalisme libéral selon laquelle la constitution est un ensemble de règles fixes posées par le pouvoir constituant, qui déroulerait son programme prédéterminé à la manière d'un « piano mécanique ». La loi constitutionnelle formalisée est un point de départ. Tout ordre constitutionnel au sens juridique est une œuvre en mouvement, combinant statique (la fixité relative du texte – qui pose à tout le moins un

⁵⁹ On pourrait ajouter que ce droit n'est pas davantage intelligible à l'aide de la seule jurisprudence constitutionnelle, car elle n'est nulle part en capacité de se prononcer sur tous les énoncés du droit de la constitution...

⁶⁰ Nous avons tenté d'en fournir des illustrations dans « Le prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la Présidence de la V^e République », *Droits*, n° 44, 2007, pp. 101-137.

⁶¹ V. notre « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus Politicum*, n° 4, juillet 2010 (<http://www.juspoliticum.com/L-ordre-cadre-normatif-Esquisse-de.html>).

certain nombre de contraintes –, et de certaines de ses concrétisations et interprétations stables) et dynamique (les éventuelles révisions textuelles mais surtout les interprétations, représentations et pratiques institutionnelles changeantes, par exemple les différentes manières pour le titulaire d'une institution de se conduire, à statut et compétences juridiques constants).

Devant la complexité des composants de cet ordre constitutionnel, les mutations constitutionnelles les plus importantes sont, à l'évidence, produites par la combinaison de pratiques et d'interprétations d'énoncés ; cela est manifeste pour les systèmes de gouvernement (par exemple, le développement du « régime présidentiel » états-unien ou du « présidentialisme » français). Une étude sur les mutations constitutionnelles gagnerait donc à distinguer entre les niveaux « micro-constitutionnel » (une seule norme – ou un énoncé – constitutionnelle précise) et « macro-constitutionnel » (une pluralité de normes étroitement articulées, voire l'ensemble d'un système).

C'est, enfin, la partie concernant le mode de gouvernement stricto sensu qui est la plus intéressante pour discuter de la notion de mutation constitutionnelle, parce qu'elle recèle les principaux enjeux de pouvoir directs, concerne une plus grande pluralité d'acteurs de même niveau (nul ne peut prétendre parmi eux détenir le « dernier mot » en toute circonstance), et couvre des secteurs souvent considérés comme non justiciables (ce qui ne veut pas dire qu'ils sont « non juridiques »). Ce qui explique que l'on dise parfois (mais à l'évidence de façon trop simpliste) qu'il s'agit de la partie la plus « politique » d'une constitution. Tandis que la composante relative aux « droits et libertés fondamentaux », essentiellement régulée par le juge, pose des questions moins difficiles à résoudre pour la problématique des mutations, puisqu'elle amène à retomber dans les discussions relativement balisées sur l'interprétation (juridictionnelle). La troisième composante (les principes régulateurs) de l'ordre constitutionnel peut probablement être considérée comme placée en position intermédiaire de ce point de vue⁶².

⁶² À l'inverse, H. Dreier (« Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts », in A. v. BOGDANDY et alii (dir.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Heidelberg, C.F. Müller, t. I, 2007, pp. 33-34) estime que la marge de manoeuvre est plus grande pour les droits fondamentaux, formulés en termes généraux, que pour le droit de l'organisation étatique (*Staatsorganisationsrecht*) dont les normes seraient, selon lui, plus serrées et précises. Cette affirmation paraît très discutable. Elle s'explique peut-être par le relatif désinvestissement conceptuel de la doctrine constitutionnelle allemande à l'endroit du système de gouvernement, sans doute en raison de son caractère (heureusement) assez peu conflictuel depuis 1949.

C. – Application : les différents types de mutations constitutionnelles

Il convient de distinguer et d'examiner successivement les moyens et les objets des mutations, autrement dit par quelles voies elles se réalisent puis sur quoi elles portent.

1. Comment ? L' « instrument » de la mutation constitutionnelle

On peut certainement s'accorder sur les deux premiers types d'instruments de la mutation ; le troisième, en revanche, est davantage sujet à controverses.

a) Comme l'avaient déjà relevé Bryce et Jellinek, la constitution formelle peut, en premier lieu, être affectée par le droit écrit formellement infra-constitutionnel (lois formelles, actes réglementaires, règlements intérieurs d'organes constitutionnels tels que les assemblées représentatives, le gouvernement ou les cours constitutionnelles,...). Dans tous les États constitutionnels, même ceux dont la constitution formelle paraît très détaillée, de nombreux textes extérieurs à elle, généralement de valeur formellement inférieure (dans le cas de constitutions rigides, ce qui est le cas presque sans exception désormais)⁶³, viennent préciser celle-ci (lois électorales, lois et décrets organisant le fonctionnement des différents organes constitutionnels, les procédures à suivre dans tel ou tel domaine, par exemple le référendum). Sans doute, dans un premier temps, il s'agit de textes de concrétisation de la constitution formelle, qui lui permettent tout simplement de produire ses effets⁶⁴. Mais si l'on modifie ces textes, la portée d'un ou de plusieurs articles de la constitution est susceptible de changer considérablement, au point de représenter une véritable mutation. La tendance dominante, semble-t-il, depuis quelques décennies, à formaliser davantage le droit constitutionnel et donc à surcharger le texte de la loi

⁶³ Mais le raisonnement est le même pour des constitutions formelles souples (par exemple, celle de Nouvelle-Zélande, sauf clause ponctuelle) : une loi ordinaire peut être adoptée qui la modifie directement, en vertu du principe *lex posterior derogat priori*, mais elle peut très bien n'être pas intégrée dans la constitution formelle pour autant. On notera que ce phénomène existe également dans certains pays dotés d'une constitution formelle rigide : ainsi, sous la République de Weimar, des lois formellement constitutionnelles (adoptées selon la procédure spécifique requise) ont pu être adoptées sans être intégrées à la Constitution formelle. On a parlé de *Verfassungsdurchbrechungen* (dérogation à la constitution). Cette pratique est interdite par la Loi fondamentale de 1949 (art. 79, al. 1^{er}). Elle continue en revanche d'être massivement utilisée en Autriche.

⁶⁴ On sait, par exemple, le nombre important de lois organiques auxquelles renvoie la Constitution française de 1958 pour mettre en œuvre tel ou tel prescrit. Celui-ci reste d'ailleurs inefficace tant que la loi d'application (il faudrait dire : de concrétisation) n'a pas été adoptée. Ainsi (à l'heure où nous écrivons) du nouveau système de responsabilité constitutionnelle du président de la République en vertu de l'article 68 C ou bien du nouveau type de référendum d'initiative minoritaire prévu à l'article 11, al. 3 et 4 C.

suprême rend cette voie peut-être moins fréquente que jadis, mais elle reste tout à fait possible.

b) par la jurisprudence portant sur des objets matériellement constitutionnels

Tous les auteurs qui se sont interrogés sur le phénomène des mutations constitutionnelles admettent d'une manière ou d'une autre que les décisions de justice produisent parfois des changements informels de la constitution écrite. Le sens, la portée, les effets de dispositions écrites de la constitution formelle peuvent, à l'évidence, être considérablement modifiés par la jurisprudence.

Les exemples les plus saisissants sont, en premier lieu, les arrêts et décisions de juridictions de dernière instance étendant le principe même ou la portée de leur contrôle sur les actes, notamment les lois (à titre d'exemples, citons les plus célèbres : arrêt *Marbury c/ Madison* de la Cour suprême des États-Unis en 1803, arrêts *Bergman* puis *United Mizrahi Bank* de la Cour suprême d'Israël en 1969 puis 1995⁶⁵, décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971, l'arrêt *Nicolo* du Conseil d'État en 1989). Mais, plus généralement, toute la jurisprudence des cours relative aux droits fondamentaux⁶⁶ ou aux principes structurants de l'ordre constitutionnel⁶⁷ est potentiellement source de mutations. Celles-ci peuvent également être plus sectorielles et donc limitées, concernant un pan seulement de la constitution⁶⁸.

Les évolutions jurisprudentielles posent la question des limites à l'interprétation juridictionnelle de la loi constitutionnelle. Mais il n'existe pas de réponse aisée à ce problème. Force est simplement de constater que l'une des tendances lourdes du constitutionnalisme libéral contemporain est

⁶⁵ V. A. JUSSIAUME, « La Cour suprême et la Constitution en Israël : entre activisme et prudence judiciaire », *Jus Politicum*, vol. 2, 2010, pp. 99-130.

⁶⁶ Exemple, dans le cas de la Cour constitutionnelle fédérale allemande depuis les célèbres arrêts *Elfes* et *Lüth* de 1957 et 1958. Même un auteur réservé sur la notion de mutation constitutionnelle comme Horst Dreier y voit une « incontestable mutation constitutionnelle » (« Deutschland », in *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Heidelberg, C.F. Müller, t. I, 2007, n° 140).

⁶⁷ Par exemple le principe de l'État de droit ou de l'État social, développés par de nombreuses cours constitutionnelles, notamment dans les pays européens.

⁶⁸ Par exemple (parmi bien d'autres), la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale concernant l'admission des partis politiques à former un recours dans le cadre du « litige entre organes » (*Organstreit*) prévu à l'article 93-I-1 LF. De même la jurisprudence de cette même Cour inaugurée par l'arrêt en date du 20 juillet 1994 (BVerfGE 90, 286) sur l'envoi de la Bundeswehr à l'extérieur du territoire allemand (elle impose l'approbation en principe préalable du Bundestag) clarifie un point de droit jusque-là resté incertain mais représente un bouleversement de l'état du droit positif et équivaut pratiquement à une révision formelle de la Loi fondamentale (ses principes ont, depuis, été traduits dans une loi fédérale ordinaire – *Parlamentsbeteiligungsgesetz* du 24 mars 2005).

de lâcher la bride au juge et de le laisser (voire, souvent, de l'encourager à) « développer » (c'est-à-dire de facto : étendre) la constitution au nom de la « protection » de celle-ci. S'évertuer à nier cet état de fait ne supprime le phénomène lui-même, empiriquement peu contestable.

La vulgate positiviste considère généralement la jurisprudence comme la garantie de règles et principes déjà contenus dans la constitution formelle ; il s'agit pourtant, dans la plupart des cas, d'une fiction (nécessaire ou pas, utile ou non, selon les points de vue) pour masquer son caractère réellement créateur du droit, ce qui est d'ailleurs inévitable compte tenu de l'indétermination structurelle des énoncés de l'écrit constitutionnel⁶⁹. Le cas de l'interdiction des résolutions parlementaires par la décision du Conseil constitutionnel en juin 1959 en est un parfait exemple⁷⁰.

c) Des mutations constitutionnelles peuvent ensuite également se réaliser par des interprétations d'organes constitutionnels non juridictionnels. Sans doute, l'incontestable mouvement de juridictionnalisation du droit constitutionnel dans la seconde partie du XX^e siècle en Europe, limite en partie l'importance de ce type d'interprétations. Sans doute encore, pour une bonne partie des juristes, ce qui n'a pas reçu la sanction des juridictions suprêmes reste juridiquement fragile : le droit sans sanction juridictionnelle est vu par beaucoup comme du droit mou. Et pourtant...! il faut y insister : même si ce sont aujourd'hui, avec le développement universel de la justice constitutionnelle (quelle qu'en soit la forme), les juridictions qui jouent un rôle dominant dans l'interprétation des textes constitutionnels, il n'en demeure pas moins que des pans importants de l'ordre constitutionnel restent interprétés sans le juge, par les autres organes constitutionnels (en particulier les chefs d'État et de gouvernement, les assemblées parlementaires et/ou leur président). Ce phénomène est presque trop massif pour être vu. Dans un nombre important de cas, ces interprétations, généralement nécessaires pour concrétiser les énoncés de la loi constitutionnelle formalisée, aboutissent à la formation de véritables conventions de la constitution (« conventions interprétatives »), si du moins un certain consensus entoure d'emblée ou à la longue ces interprétations.

⁶⁹ Peu importe ici la question de savoir s'il faut considérer ou non que la jurisprudence rentre dans la catégorie du droit écrit, même largement entendu, comme le prétendait, de façon contestable à notre sens, R. Capitant (« La coutume constitutionnelle », *Gaz. Pal.*, 21 février 1930, rééd. in *Écrits d'entre deux-guerres*, Éd. Panthéon-Assas, 2003, pp. 283-295 [285]). Il suffit de reconnaître qu'elle affecte, parfois de manière radicale, le sens et la portée des énoncés écrits de la constitution formelle.

⁷⁰ Et même si l'on pourrait l'analyser en une concrétisation première de la nouvelle Constitution, l'absence de fondement explicite dans le texte constitutionnel et la rupture avec le droit commun des assemblées parlementaires en font, nous semble-t-il, un cas de véritable mutation constitutionnelle.

Dans le cas inverse, une interprétation contestée peut néanmoins s'imposer plus ou moins durablement et provoquer une mutation, ne serait-ce que ponctuelle⁷¹.

d) Plus délicat est le traitement à réserver aux pratiques et comportements des acteurs de la vie constitutionnelle. Il s'agit d'une catégorie hétérogène, difficile à appréhender, que la doctrine juridique semble avoir renoncé à essayer de préciser.

Le cas des comportements d'abstention pose un problème particulier : si un organe constitutionnel n'exerce jamais une compétence juridique que lui attribue la constitution formelle, notamment lorsqu'il s'agit d'une règle d'habilitation (par exemple, le droit de dissoudre une assemblée, le droit de voter une motion de censure,...), il peut susciter une véritable mutation de la constitution. Le cas de la sanction royale aux lois – donc, du « veto » législatif – dans les monarchies « parlementaires » depuis le XIX^e siècle, que citait Jellinek, est ici assez exemplaire⁷². Ainsi, encore la pratique suivie par les gouvernements de la V^e République à l'égard du domaine réglementaire (large abstention de leur faculté d'opposer l'irrecevabilité de l'article 41 C) relève-t-elle non pas tant d'une interprétation d'un énoncé (et donc certainement pas d'une renonciation à sa compétence habilitative, qui demeure pleinement) que d'un choix d'opportunité politique suffisamment significatif pour être analysé en une mutation de l'exercice de la fonction législative.

À l'inverse, l'usage massif d'une compétence juridique reconnue par la constitution à un organe peut représenter une mutation, ainsi de la pratique des ordonnances de l'article 38 de la Constitution française⁷³.

On peut ensuite songer au cas de comportements qui sont le fait d'organes constitutionnels mais détachés de l'interprétation d'un énoncé de la constitution formelle : ainsi, par exemple, de la « double investiture » acceptée par les candidats à la présidence du Conseil de la IV^e République. Ou bien, plus récemment, de la pratique de la « question de confiance »

⁷¹ On peut se demander si le refus, par le président de l'Assemblée nationale, en 2010, d'admettre la recevabilité d'une proposition de résolution tendant à créer une commission d'enquête sur les sondages commandés par la présidence de la République ne constitue pas un exemple de ce genre. Ou bien encore le refus, par le président de la République (F. Mitterrand), d'accepter la proposition gouvernementale d'ordre du jour d'une session extraordinaire du Parlement en 1993. L'ancien Président V. Giscard d'Estaing parlera à cette occasion d'un « glissement constitutionnel » (tribune dans le journal *Le Monde*, 8 juillet 1993).

⁷² On pourrait se demander si cette abstention ne devrait pas s'analyser en une interprétation d'un énoncé normatif par un organe non juridictionnel, auquel cas elle se rattacherait à la catégorie précédente. Mais le non-usage du veto ne signifiait, en réalité, jamais une renonciation absolue à un droit. C'était l'opportunité politique qui commandait aux monarques de s'abstenir de l'utiliser (d'autant qu'ils disposaient souvent d'autres moyens pour bloquer un texte non désiré).

⁷³ H. PORTELLI, « Les ordonnances : les raisons d'une dérive », *Droits*, n° 44, 2007, pp. 3-8.

posée au corps électoral par le Président de la République lors d'un référendum (pratique du Général de Gaulle) ou, au contraire, l'absence d'une telle question de confiance depuis François Mitterrand en 1988. Ces pratiques comportent à l'évidence des incidences sur l'équilibre du système de gouvernement sans que l'on doive pour autant considérer qu'elles affectent l'état du droit positif étroitement entendu.

Plus délicat enfin serait le cas des comportements des individus et forces politiques qui investissent les institutions constitutionnelles. Les partis politiques ont, historiquement, fourni un exemple particulièrement frappant à cet égard, tant leur apparition et leur développement croissant ont modifié en profondeur le fonctionnement du système représentatif classique⁷⁴, qu'il s'agisse de la discipline de vote, de la consolidation d'un clivage majorité-opposition, voire de pratiques de concertation systématiques et routinisées en amont des (ou parallèlement aux) procédures de décision officielles, notamment dans les assemblées parlementaires. Le droit positif écrit a souvent, à des degrés divers, été modifié pour tenir compte de ce phénomène politique : ainsi notamment de la reconnaissance des groupes parlementaires et l'octroi à ceux-ci de prérogatives dans les opérations parlementaires et constitutionnelles, l'apparition d'un « statut » de l'opposition (ou de ce qui en tient lieu). Mais en tout état de cause, la mutation avait précédé cette prise en compte par le droit écrit et cette dernière est d'effet limité sur l'action effective que produisent les forces politiques. Ce qu'avec Denis Baranger on pourrait appeler « l'agir politique » continue de se déployer sans que le droit puisse lui dicter tous ses comportements.

Parfois, enfin, ces pratiques ont paralysé, rendu ineffectifs des mécanismes et règles de la constitution formelle (ainsi, par exemple, la paralysie ou l'ineffectivité du dispositif de parlementarisme rationalisé dans nombre de pays).

Le propre de toute une série de pratiques est sans doute que celles-ci touchent non pas tant au droit de la constitution étroitement entendu (encore que cela puisse se produire aussi) mais surtout au système de gouvernement, ce qui renvoie à la définition que l'on veut bien donner à la notion de constitution elle-même. Il faut donc se pencher sur l'objet potentiel des mutations.

⁷⁴ Ce fait avait frappé tant Bryce (qui parle de « l'habitude d'aller au Caucus » – *op. cit.*, p. 573) que Jellinek (*op. cit.*, p. 46 et s.) qui, inspiré par les célèbres analyses d'Ostrogorski (dont il cite, p. 64 et p. 67, l'ouvrage *La démocratie et l'organisation des partis politiques*, paru en 1903 en français), en faisait un facteur de « décadence » du parlementarisme, simplisme que reprendra à sa manière Carl Schmitt plus tard (v. en français : *Parlementarisme et démocratie*, Seuil, 1988, trad. J.-L. Schlegel).

2. *Sur quoi ? L'objet de la mutation constitutionnelle*

Une constitution au sens juridique est évidemment constituée par des normes de droit (pour une bonne part, mais non exclusivement, des normes écrites). Mais au rebours de la vision étroitement normativiste dominante, le juriste gagnerait à prendre conscience d'autres éléments qui composent ce que la doctrine appelle aussi ... la constitution mais qui renvoie à autre chose que le document formel écrit.

a) *Les normes juridiques*

Il me semble qu'il est nécessaire d'opérer une distinction entre la mutation d'une norme ponctuelle et un complexe de normes⁷⁵.

La mutation peut d'abord concerner une norme ponctuelle de la constitution. Ainsi, par exemple, l'introduction d'une séance de « questions au gouvernement » par le Président Giscard d'Estaing et son gouvernement en 1974 s'analyse-t-elle « techniquement », en une dérogation systématique mais ponctuelle à la règle de priorité des choix gouvernementaux dans la fixation de l'ordre du jour des assemblées. On peut ajouter que cette mutation d'une norme relève de la catégorie des abstentions dans l'exercice d'une compétence d'habilitation (et n'entre donc point dans la catégorie « interprétation »), et qu'elle a permis un comportement simultané de la part des assemblées (l'organisation d'une séance hebdomadaire de questions), le tout prenant la forme d'une convention de la constitution au sens donné par Pierre Avril⁷⁶. L'effet de cette mutation d'une norme ponctuelle est, souvent, limité⁷⁷.

Mais il peut arriver que les implications soient particulièrement importantes. Tel peut être le cas lorsqu'une nouvelle interprétation d'un droit fondamental est donnée par une cour supérieure : cette jurisprudence a toutes les chances d'être suivie systématiquement à l'avenir et amorcer un effet de système, bref une mutation qui dépasse le cas de la norme ponctuelle. Mais les cas les plus intéressants touchent certainement aux

⁷⁵ On trouve chez Jellinek (*op. cit.*, not. p. 9 et p. 44) l'esquisse implicite de cette distinction entre la mutation d'une norme en particulier et la mutation de la constitution tout entière.

⁷⁶ *Les conventions de la constitution*, coll. « Léviathan », PUF, 1997, pp. 95-97. Cette convention a, depuis, été en quelque sorte implicitement « légitimée » par le droit positif écrit avec la modification, en 1995, de l'article 48 C (dernier alinéa) mais l'organisation de la séance conserve sa nature conventionnelle.

⁷⁷ On pourrait encore citer la pratique des présidents fédéraux allemands de vérifier, préalablement à la promulgation, la constitutionnalité matérielle d'un texte de loi voté, en dépit du silence de l'article 82, al. 1^{er} de la Loi fondamentale à ce sujet. Elle les a parfois conduits à refuser de promulguer. La doctrine désigne cela par l'expression « droit de vérification matérielle » (*materielles Prüfungsrecht*). Elle n'a jamais donné lieu à conflit avec le Gouvernement fédéral et le parlement, si bien que l'on peut y voir une pratique constitutionnelle admise.

normes qui affectent les relations entre organes de gouvernement. Ainsi, l'interprétation gouvernementale (et présidentielle) de l'article 49, alinéa 1^{er} C à partir de 1962 entraîne à l'évidence une transformation fondamentale de la relation entre l'Exécutif et le Parlement⁷⁸.

Une mutation constitutionnelle peut – c'est d'ailleurs sans doute le cas le plus fréquent – affecter non pas une seule norme mais un complexe de normes. Tel est le cas lorsqu'est en jeu un « principe constitutionnel », qui touche presque inmanquablement plusieurs énoncés normatifs. C'est ainsi que la façon dont la Cour constitutionnelle fédérale allemande a concrétisé les principes de l'État de droit (*Rechtsstaatsprinzip*), de l'État social (*Sozialstaatsprinzip*), du fédéralisme (*Bundesstaatsprinzip*)⁷⁹ ou encore de la division des pouvoirs (*Gewaltenteilungsprinzip*), mentionnés à l'article 20, al. 1^{er} à 3 de la Loi fondamentale, a toujours concerné plusieurs normes constitutionnelles⁸⁰.

En ce qui concerne directement le gouvernement du pays, le refus présidentiel de signer les projets d'ordonnances en France en 1986 s'analyse en une interprétation de l'article 13 C mais, par ricochet, également de l'article 38 C ; il n'en produit pas moins des effets plus généraux sur l'équilibre de la relation entre les deux têtes du pouvoir exécutif.

Les célèbres controverses qui ont entouré l'usage du droit de dissolution du Bundestag en R.F.A. touchaient à l'interprétation de plusieurs normes contenues à l'article 68 LF puisqu'outre la relation fondamentale entre le Chancelier et la Diète, la décision affecte également la relation entre le Chancelier et le Président fédéral. Mais il va sans dire que cette mutation d'un groupe de normes produit un effet général sur le gouvernement parlementaire allemand. Il est d'ailleurs particulièrement remarquable que la notion de mutation constitutionnelle ait été explicitement évoquée, dans cette affaire, par le juge Zeidler, dans son opinion séparée à l'arrêt du 16 février 1983 de la Cour constitutionnelle qui validait – quoique à contre-cœur – cet usage de la dissolution. Le juge, citant la littérature doctrinale sur

⁷⁸ Ici, au rebours d'autres interprétations par l'Exécutif opérées depuis 1959 (par exemple sur l'article 11 C), on peut considérer qu'il y a mutation puisque dans un premier temps, en 1959, le Premier ministre avait considéré qu'il était obligé de demander un vote de confiance pour engager son action.

⁷⁹ La Cour de Karlsruhe a même littéralement inventé, en complément du principe fédératif, un principe de loyauté fédérale (*Bundestreue*) (v. not. : BVerfGE 6, 309, 361 et BVerfGE 12, 205), dont on peut dire qu'il était inspiré par Rudolf Smend, lequel en avait esquissé dès 1916 (art. précit., p. 56) les contours pour illustrer l'existence de règles constitutionnelles non écrites dans le droit constitutionnel wilhelminien). Elle a été suivie par la Cour suprême du Canada (alors que le principe est reconnu par écrit en Belgique et en droit communautaire).

⁸⁰ Par exemple, en considérant que le principe de division des pouvoirs ménageait au gouvernement fédéral une sphère d'action autonome, la Cour affecte une multiplicité de normes relatives à l'exercice de la fonction administrative ou de la fonction diplomatique de l'Exécutif, ainsi que les normes relatives au contrôle parlementaire.

la notion de mutation constitutionnelle, estimait qu'il était légitime pour le Président fédéral, de tenir compte de la mutation de l'office de chancelier fédéral depuis 1949, qui était devenu une institution virtuellement élue par le peuple (ce que l'on appelle en Allemagne la *Kanzlerdemokratie*)⁸¹. C'est dire que restreindre l'analyse aux seules normes juridiques serait réducteur.

b) À côté des normes juridiques

Le thème des mutations constitutionnelles ne se limite donc pas aux seules normes juridiques. Celles-ci ne sont, dans certains cas, qu'indirectement touchées. Et cela s'explique d'autant mieux si l'on prend en considération que les textes (qui, après la concrétisation qui leur donne effectivité, forment l'essentiel de ce que l'on appellera le « droit de la constitution ») ne norment pas (et ne peuvent normer) complètement un système de gouvernement, ni même les différentes fonctions relevant d'un organe. Ainsi, typiquement, l'exercice de la fonction diplomatique, qui ne s'épuise pas dans une simple liste de compétences formelles.

L'ordre constitutionnel est donc également modelé par des pratiques qui ne se rattachent pas vraiment à des normes juridiques strictes et produisent tout de même des « effets de système ». L'une des difficultés sera de faire la part entre modification de l'ordre constitutionnel stricto sensu (mutation constitutionnelle) et modification du système politique en général⁸².

i) Mutation du système de gouvernement par une institution constitutionnelle nouvelle

Il est permis de voir, dans l'apparition d'une institution non prévue par la constitution formelle, un changement constitutionnel informel.

Ainsi, par exemple, l'individualisation de la présidence du conseil sous la III^e République⁸³ (ainsi que dans d'autres pays ayant connu une évolution similaire de la monarchie représentative vers le gouvernement

⁸¹ V. en français : P. LAUVAUX, *Les grandes démocraties contemporaines*, PUF, 3^e éd. 2004, p. 756 et M. FROMONT, « Le parlementarisme allemand de 1981 à 1983 : crise et mutation », *RDP*, 1983, p. 963.

⁸² Ainsi, la victoire de l'opposition aux élections sénatoriales en France en 2011 et ainsi la contrariété de majorité avec l'Assemblée nationale jusqu'aux élections du printemps 2012 ont-elles provoqué une modification du système politique mais non de l'ordre constitutionnel. En revanche, les situations de cohabitation semblent pouvoir être considérées comme affectant – temporairement, du moins jusqu'à présent – l'ordre constitutionnel lui-même, puisque l'interprétation et les effets pratiques de quantité de dispositions de la Constitution formelle sont non seulement affectés mais même bouleversés.

⁸³ V. P. AVRIL, *Les conventions de la constitution*, coll. « Léviathan », PUF, 1997, pp. 90-94.

parlementaire)⁸⁴ a reflété une évolution déterminante du système de gouvernement, influé sur l'évolution du « pouvoir exécutif » et entraîné nombre d'implications sur le fonctionnement des normes juridiques, en particulier du Président de la République. On voit mal comment prétendre que cette évolution ne serait pas « juridique ».

Le développement des commissions permanentes dans les assemblées parlementaires (Bryce mentionnait, déjà, le cas, particulièrement notable, du Congrès des États-Unis⁸⁵, mais on peut l'étendre aux autres assemblées représentatives...), longtemps (et parfois encore) ignorées des constitutions formelles, offre un autre exemple significatif. De même pour l'apparition et le développement des groupes parlementaires puis des partis politiques (à partir du milieu du XIX^e siècle) : quoique les constitutions formelles eussent été (et certaines demeurent) muettes à leur sujet, ils ont transformé de façon substantielle le fonctionnement du régime représentatif, le travail parlementaire et les relations entre Exécutif et assemblées.

Plus récemment, le développement du rôle du secrétaire général de la Présidence de la République, en France (voire des conseillers du Président) n'a pas été sans affecter le fonctionnement interne du pouvoir exécutif⁸⁶ et même la logique constitutionnelle de la responsabilité des gouvernants.

ii) Mutation d'une relation organique ou fonctionnelle

Le droit strict (pour parler comme les Anglo-saxons) découlant des énoncés de la constitution formelle peut subir des mutations considérables du fait de pratiques d'institutions constitutionnelles existantes. Ainsi, tous les mouvements ayant abouti à reconnaître « conventionnellement » le principe de responsabilité politique du gouvernement devant le Parlement dans les monarchies européennes au cours du XIX^e et du début du XX^e siècle (Belgique, Italie, Pays-Bas, Norvège, Suède,...) ont transformé, cela est notoire, les relations formelles entre Exécutifs et Parlements bien avant que cela ne soit consacré (la plupart du temps) par les textes. D'ailleurs, même dans les constitutions prétendent « rationalisées », ces relations n'ont pas cessé d'être affectées par des pratiques souvent tantôt routinisées, tantôt évolutives. C'est ainsi, par exemple, que le parlementarisme de la République de Weimar a connu plusieurs phases, alternant un

⁸⁴ Au Luxembourg, la fonction de Premier ministre, bien qu'apparue au XIX^e siècle, n'est toujours pas reconnue aujourd'hui par la Constitution formelle (il en a été de même aux Pays-Bas et en Belgique avant les révisions constitutionnelles formelles respectivement de 1983 et 1994).

⁸⁵ Leur fondement sont les règlements (*Standing Orders*) des chambres, c'est-à-dire des règles formellement infra-constitutionnelles.

⁸⁶ De même, le développement des autorités et agences administratives (notamment aux États-Unis), qui produit des effets ne serait-ce que sur le périmètre d'action du pouvoir exécutif, voire du pouvoir juridictionnel.

fonctionnement nettement moniste et « partitocratique » avec des phases dualistes effectives et, finalement une phase « ultra-présidentielle », qui ont même fini par aboutir à la paralysie puis au démantèlement du système lui-même. Tant la compétence de nomination du chancelier par le Président que le principe de responsabilité politique du cabinet devant le Reichstag ont subi des variations alors que la lettre des textes demeurait inchangée. En la matière, l'analyse par les seuls énoncés normatifs de la constitution formelle n'est d'aucun secours⁸⁷. Dans le même ordre d'idées, la pratique de la « double investiture » sous la IV^e République représente l'exemple même de changement informel – même si l'on peut dire qu'inaugurée dès la formation du premier gouvernement constitué au terme de la nouvelle Constitution, il s'est agi d'une concrétisation informelle plutôt que d'une mutation.

Parmi les nombreuses pratiques affectant directement les relations organiques entre institutions constitutionnelles, on peut encore citer l'usage, répandu dans nombre de pays, consistant à formaliser les consultations, par le chef de l'État (lorsque du moins la constitution formelle prévoit explicitement son intervention) de chefs de partis et/ou de groupes parlementaires. En Italie, la désignation d'un « incaricato », dans les pays du Bénélux, les (in)formateurs. De même, la pratique « institutionnalisée » de négociations de coalition précédant le processus officiel de nomination du gouvernement (on la trouve notamment en Allemagne, en Autriche, en Italie, aux Pays-Bas, en Belgique,...).

Sur un plan fonctionnel, on peut citer la récente pratique des présidents américains, à partir de Reagan (et devenue massive sous la présidence de G.W. Bush), des *signing statements*, qui leur permettent d'orienter l'application des lois du Congrès, par préférence au veto.

Il existe une objection sérieuse à la conception qui précède : celle de considérer tout type de « pratiques » (constitutionnelles) ou de faits comme une mutation constitutionnelle et, de ce fait, de diluer la notion de constitution⁸⁸ et dissoudre sa composante spécifiquement juridique. On peut tenter de préciser ce point en s'interrogeant sur plusieurs types de cas-limites :

⁸⁷ Alors que la majorité de la doctrine weimarienne dissertait sans fin de la question de la « bonne interprétation » des règles relatives au système de gouvernement, Carl Schmitt avait judicieusement énoncé que le jeu combiné des dispositions formelles ne serait-ce que des articles 53 et 54 de la Constitution de 1919 offrait différents systèmes possibles (v. *Théorie de la constitution*, trad. fr., PUF, 1993, chap. 26 et 27).

⁸⁸ C'est une approche peut-être un peu trop large que me semble retenir Olivier Beaud à cet égard, dans son article « Les mutations de la V^e République ou comment se modifie une constitution écrite », *Pouvoirs*, n° 99, 2001, pp. 19-31. Sans doute y aurait-il moyen de distinguer plus nettement les éléments propres à caractériser une mutation de l'ordre constitutionnel et ceux qui touchent au système politique en général.

- Peut-on dire que le « fait majoritaire » a provoqué une mutation constitutionnelle de la V^e République ? La réponse pourrait être qu'il n'a pas modifié le droit de la constitution, mais bien le système de gouvernement.

- La pratique de la dissolution en Allemagne doit-elle être considérée comme une mutation constitutionnelle ? On peut dire qu'elle représente une concrétisation de l'article 68 (interprétation des organes non juridictionnels, validée par la Cour de Karlsruhe). Elle n'a pas produit une mutation du droit de la constitution (en l'occurrence les normes issues de l'article 68 LF, dont le sens coordonné a simplement été précisé par l'usage). En revanche, elle révèle une certaine « mutation » du système politique allemand vers la « démocratie du chancelier », même si celle-ci demeure limitée par les contraintes de coalition.

- Comment qualifier l'évolution de l'institution présidentielle en Italie depuis 1992 ? Là encore, ce sont moins les normes du droit de la constitution qui ont été en elles-mêmes affectées au point de subir des mutations, que le système de gouvernement tout entier, et plus spécifiquement la dynamique des relations institutionnelles pratiques entre le chef de l'État et le Président du Conseil, qui se déploient à l'intérieur d'un cadre très souple, très faiblement déterminé a priori par le droit de la constitution⁸⁹. Il ne s'agit pas uniquement de contraintes tenant à la « situation politique », par définition contingente, mais bien plus des représentations intellectuelles des offices respectifs de ces deux institutions : aucune norme juridique ne peut saisir entièrement la conception qu'un chef d'État parlementaire se fera de sa mission ; et pas davantage pour le chef de gouvernement. Dès lors, ces représentations, susceptibles d'être évolutives, et qui se situent en amont de l'usage des compétences juridiques (plus exactement : elles en sont le préalable), sont déterminantes pour que cette partie de l'ordre constitutionnel prenne corps, et l'on peut se convaincre aisément qu'il serait vain d'attendre de « la constitution » une univocité et une immutabilité de sens. Il y a donc bien mutations constitutionnelles, dans le cas italien ici évoqué (mais l'analyse pourrait facilement être transposée dans n'importe quel État constitutionnel), étant précisé qu'elles portent sur les relations entre institutions, lesquelles sont loin d'être entièrement régulées par des normes juridiques impératives.

⁸⁹ Comme en témoigne d'ailleurs le fait qu'une partie de la doctrine italienne a pu défendre une conception dualiste du système parlementaire organisé par la Constitution de 1947, cela en dépit de nombreux indices jouant au contraire dans le sens de la lecture moniste (v. à ce sujet : P. LAUVAUX, *Les grandes démocraties*, *op. cit.*, pp. 790-792).

Il est donc possible, me semble-t-il, de construire utilement, en théorie constitutionnelle, un concept de mutation constitutionnelle, même si ses contours ne sauraient être tenus pour parfaitement acquis et s'il peut se décliner de différentes manières.

On peut avoir des doutes sur l'unité de la notion de mutation constitutionnelle mais si on choisit de s'en passer, on risque fort de faire l'impasse sur certains phénomènes centraux pour l'évolution des constitutions politiques modernes, de manquer une série de problèmes inhérents à celles-ci. Davantage encore : on se prive de moyens d'affiner la réflexion sur les mystères de la notion de constitution.

Le concept de mutation constitutionnelle est d'autant plus utile qu'il s'applique à un phénomène qui n'est pas uniquement ponctuel. Car si elle ne concerne qu'une seule norme juridique, la mutation sera bien souvent très secondaire. Son importance se révèle surtout au niveau « systémique », celui de l'ordre constitutionnel. La mutation concerne donc moins le droit de la constitution que l'ordre constitutionnel, qui fait accéder la collection de normes juridiques distinctes à un stade d'effectivité opératoire.

À l'évidence, la notion de mutation constitutionnelle affaiblit donc la conception de la constitution comme une loi suprême (et, plus généralement, le formalisme constitutionnel), qui pourrait paraître, du coup, bâtie sur du sable. Pourtant, la mutation se situe simultanément par rapport à elle, ne la fait pas disparaître comme socle partiel (qui, éventuellement, consacrerait la mutation). D'une certaine manière, elle renforce donc la loi constitutionnelle formalisée dans son rôle de colonne vertébrale de l'ordre constitutionnel. Cette sorte de paradoxe dialectique me paraît inévitable et, à la réflexion, non problématique. Il convient de prendre conscience que tout ordre constitutionnel est une combinaison subtile entre la statique et la dynamique.

En somme, le concept de mutation constitutionnelle aide à penser de manière plus profonde la notion de constitution et le droit constitutionnel en général ; il oblige à dépasser une approche trop simpliste de constitution réduite à une loi constitutionnelle formalisée pour prendre la mesure de la complexité de l'ordre constitutionnel et réaliser l'impasse dans laquelle mène la propension des juristes à prétendre expliquer le droit écrit par lui-même.