

## **Un ordre constitutionnel confus Indicibilité et incertitudes de la Constitution française**

Armel Le Divillec

[p. 147]

### **1. La Constitution indicible**

On est aujourd'hui, en France, porté à valoriser la notion de constitution, que ce soit dans les discours politiques ou les discours savants des juristes. Celle-ci a été, en un sens, replacée au coeur même de la culture politique nationale après en avoir été sinon chassée, du moins n'y avoir joué qu'un rôle fort effacé pendant de nombreuses décennies. « La Constitution » est invoquée de nos jours, comme elle l'est dans la plupart des pays libres et régulés par le droit, dans ce qu'il est convenu d'appeler les démocraties constitutionnelles. Cette réhabilitation (car il semble bien qu'il s'agisse de cela, notamment par rapport aux débuts de la Cinquième République) paraît incontestable, mais elle est extrêmement ambiguë.

On s'avise rarement qu'il existe un contraste frappant entre, d'une part, l'exaltation contemporaine du droit constitutionnel, qui serait devenu un « vrai droit » notamment du fait du développement de la « justice constitutionnelle » et, corrélativement, de l'avènement [p. 148] d'une constitution « normative » qui lui fournirait son assise principale, et d'autre part le flou, les incertitudes qui entourent la notion de constitution elle-même. A la réflexion, il apparaît que la doctrine française, curieusement, n'a jamais élaboré de véritable théorie générale de la constitution<sup>1</sup>. Certes tous les manuels de droit constitutionnel consacrent une certaine place au concept de constitution, mais ces développements très généraux sont un peu exagérément académiques, abstraits et restent fort imprécis : ils ne se soucient guère de déboucher sur une dogmatique générale s'articulant à l'analyse rigoureuse des ordres juridiques et politiques en général ou même, de façon plus concrète, de l'un d'entre eux en particulier. C'est de façon seulement implicite et très approximative que se dessine une sorte vulgate française de la constitution, que les auteurs appliquent plus ou moins au régime politique contemporain de la France. Mais il n'est pas certain que cela soit suffisant.

Dans les années 1950, André Mathiot<sup>2</sup> évoquait déjà la relativité de la notion formelle de constitution habituellement utilisée, avant que Georges Burdeau n'enfonce le clou en 1956 dans un célèbre article<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Cette absence vient de loin ; elle est même, à bien y songer, l'une des lacunes les plus criantes des beaux traités des grands anciens que sont Esmein, Duguit, Hauriou et même Carré de Malberg.

<sup>2</sup> « Agonie de quelques vieux principes » (1950), repris in *Pages de doctrine*, LGDJ, 1980, t. 2, p 81.

<sup>3</sup> « Une survivance : la notion de constitution », *Mélanges A. Mestre*, LGDJ, 1956, p 53.

qui posait notamment le problème - d'ailleurs non limité au cas français - de l'articulation des textes constitutionnels à la réalité politique et sociale. L'avènement de la V<sup>e</sup> République n'a pas suscité un approfondissement véritable de la question.

Au moment du 25<sup>e</sup> anniversaire de la Constitution de 1958, Stéphane Rials avait pourtant souligné certaines des « incertitudes de la notion de constitution sous la V<sup>e</sup> République »<sup>4</sup>, mais il ne fut guère entendu. Peu après, au contraire Dominique Rousseau avançait l'idée d'une « résurrection de la notion de constitution »<sup>5</sup>, formule qui convergeait en grande partie (cela, sans préjudice de désaccords sur d'autres points) avec les thèses du courant doctrinal qui, après une répudiation un peu forcée de la science politique, exaltait un « renouveau » du droit constitutionnel en France et devenait peu à peu dominant<sup>6</sup>. Ce renversement optimiste fut néanmoins tempéré par Pierre Avril<sup>7</sup> qui rappela qu'une constitution ne saurait se réduire à la [p. 149] seule nature juridique et qu'elle comporte une dimension politique ; qu'elle est d'abord un instrument de gouvernement avant d'être une garantie des droits et libertés individuels.

La doctrine n'a pas, depuis, approfondi ce problème. Elle passe sans cesse et surtout sans le dire d'un concept de constitution à l'autre. Sa propension dominante à tenter d'isoler (sinon « purifier ») le droit de la politique a réduit sa capacité à analyser son objet et elle oppose fréquemment et de façon trop simpliste une notion « politique » de la constitution à une notion « juridique », comme si le monde de la politique et celui du droit étaient étrangers l'un à l'autre et cloisonnés de façon étanche. Finalement, la doctrine française semble osciller entre, d'une part, un concept se voulant plus ou moins normativiste (mais lorsqu'il est appliqué avec rigueur, sa valeur explicative pour la vie constitutionnelle concrète du pays est faible voire presque nulle), et, d'autre part, un concept flou hérité d'une tradition plus proche de l'ancienne science politique, équivalant peu ou prou à celui de « système politique », mais formulé en termes bien trop vagues et dont elle n'explicite pas clairement la dimension juridique. On n'a, en somme, pas trouvé d'articulation satisfaisante entre un concept surinvesti de constitution normative et l'usage imprécis du concept traditionnel de constitution comme système institutionnel et politique.

Or, pour appréhender de façon satisfaisante son objet, le juriste doit travailler simultanément avec plusieurs notions de constitution ou, plus exactement, avec plusieurs facettes de la notion de constitution, qui se complètent et sont toutes indispensables à son analyse. Si l'objet du droit constitutionnel est, dans son sens le plus large, de savoir comment s'exerce une puissance de domination régulière et légitime dans un corps politique, la constitution nous ramène en premier lieu à l'idée de pouvoir et de gouvernement : c'est sous cet angle qu'elle doit d'abord être analysée (2). Sa

---

<sup>4</sup> *RDP*, 1984, p 587.

<sup>5</sup> *RDP*, 1990, p 5.

<sup>6</sup> Notamment Louis Favoreu, « Le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit », *RFDC*, n°1, 1990, p 71.

<sup>7</sup> « La Constitution, Lazare ou Janus ? », *RDP*, 1990, p 949.

forme, sans être indifférente, est néanmoins secondaire et même relative (3). L'articulation de ces deux dimensions pourrait se faire en recourant à la notion d'ordre constitutionnel (4).

## **2. Un mécanisme de gouvernement brouillon**

On s'est initialement assez peu préoccupé d'une notion juridique de constitution, en ce sens que prédominait la souci – légitime – de savoir comment le pays était gouverné. L'essentiel de la littérature constitutionnaliste des premières années de la V<sup>e</sup> République ramenait le mot « constitution » en réalité à celui de « système de gouvernement ».

[p. 150] Son support juridique n'était pas négligé mais il revêtait essentiellement une dimension fonctionnelle : il devait aider à résoudre le problème politique fondamental qui était le rétablissement de l'autorité de l'Etat par l'« assainissement » du parlementarisme et l'établissement d'un gouvernement stable et capable d'agir. En d'autres termes, prédominait, en 1958, une conception instrumentale de la constitution ; on était loin de la constitution comme symbole unificateur du corps politique (à la manière américaine). Dans cette perspective, instrumentale, la constitution formelle fut surchargée de dispositions de détail pour le corsetage du parlement (en particulier le titre V) ; on resta par ailleurs imprécis pour faciliter une pratique « présidentiale » (par ex : à l'art. 10 sur la promulgation, moins précis que dans la Constitution de 1946, ou encore les articles 29 et 30).

Une constitution ainsi entendue dans un sens assez réduit ne pouvait fonctionner par elle-même : elle devait être portée par autre chose, qui la dépassait : ce fut cette sorte de « leçon (pratique) de droit constitutionnel » dispensée par le Général. La Constitution instrumentale fut transcendée par la dynamique vision gaullienne, que résume sa célèbre formule : « un esprit, des institutions, une pratique » (conférence de presse du 31 janvier 1964).

- L'esprit, facteur premier et sans lequel la V<sup>e</sup> République ne serait jamais devenue ce qu'elle est, c'était la volonté gaullienne de rompre avec le système du « gouvernement par délégation parlementaire », et corrélativement de donner à l'organe incarnant le pouvoir d'Etat un fondement autonome. Cette volonté était un principe politique qui allait imprimer une direction, donner un sens concret à l'instrument de gouvernement qu'est la constitution écrite.

- Les institutions, elles, comportaient évidemment des innovations (qu'il s'agisse d'aménagements techniques de grande portée, comme la dispense de contreseing ministériel pour certaines compétences du Président de la République, ou bien d'une création nouvelle comme le Conseil constitutionnel), mais elles se situaient pour l'essentiel dans une certaine continuité historique qu'il ne faut pas oublier : dualité juridique de l'Exécutif, Parlement bicaméral, maintien du principe de la responsabilité parlementaire du gouvernement, notamment. En elles-mêmes, elles n'étaient pas d'une originalité extrême. Seule la façon de les mettre en mouvement explique qu'un système politique inédit se soit développé après 1958.

- Une pratique : c'est précisément par là que de Gaulle, placé en situation de donner les principales orientations premières, put, avec l'appui du corps électoral, imprimer aux institutions une direction en harmonie avec l'esprit qu'il avait défini.

[p. 151] C'est donc une véritable constitution conventionnelle qui a émergé, et qui ne se laisse guère discerner à la simple lecture du texte du parchemin constitutionnel de 1958-1962. Rien de ce qui est advenu n'était inéluctable. L'émergence et surtout le maintien, pour l'essentiel, de ce système dominé par la Présidence de la République se présente comme la concrétisation particulière, non inéluctable mais porteuse d'une certaine cohérence, de l'une des virtualités offertes par un cadre juridique largement indéterminé et fort souple<sup>8</sup>.

On ne s'étendra pas ici sur la question rebattue de la qualification de ce système de gouvernement complexe, et l'on se bornera à répéter qu'il nous paraît plus juste de le qualifier de « régime parlementaire à captation présidentielle »<sup>9</sup>. Mais il importe surtout de souligner que cette constitution conventionnelle demeure précaire : son enracinement apparent après 1969 a conduit à sous-estimer le fait que cette formule sans véritable équivalent ailleurs repose sur une construction fragile (bien plus que les systèmes de gouvernement anglais, allemand ou américain) : elle nécessite, pour fonctionner pratiquement une harmonie subtile entre le Président et une majorité parlementaire. Plus que d'autres, elle est tributaire d'une convergence de comportement des acteurs. Or, déjà précaire en elle-même, cette construction fut peu à peu subvertie par la pratique d'un présidentielisme sans éthique (la concentration de pouvoir, le phénomène de « cour », la tendance à l'irresponsabilité politique) et des phases de Cohabitation qui dénaturaient l'esprit du fondateur. Le maintien en l'état des énoncés écrits du texte constitutionnel permettrait théoriquement de revenir aux autres virtualités offertes par le droit de la constitution. Surtout, la démocratie française peine à vivre sereinement avec un mécanisme de gouvernement aussi brouillon et aléatoire, dont le sort se joue à chaque élection présidentielle ou parlementaire.

Quoi qu'il en soit, lorsque l'on parle de « la Constitution de la V<sup>e</sup> République », on désigne avant tout, en fait, un système de gouvernement dont le texte constitutionnel ne forme qu'un cadre approximatif. Il s'agit donc apparemment d'une notion « descriptive » de la constitution car elle renvoie au système de gouvernement tel qu'il fonctionne réellement, mais, en même temps, elle n'est pas dépourvue de toute portée prescriptive puisque ce système ayant pu grosso modo se perpétuer avec une certaine constance depuis 50 ans, les acteurs politiques comme les citoyens en sont venus à considérer qu'il s'agissait [p. 152] bien d'un ensemble d'agencements contraignants (malgré leur complexité et leur précarité), autrement dit de ce qui « doit être ».

### 3. Une résurrection en trompe-l'œil de la Constitution formelle

---

<sup>8</sup> Cf. nos développements : « Le Prince inapprivoisé », *Droits*, n°44, 2007, p 101.

<sup>9</sup> « Le Prince inapprivoisé », *art. préc.*, p 120 et suiv.

Comme nul ne peut plus l'ignorer, le développement d'un contrôle approfondi de constitutionnalité des normes juridiques par le Conseil constitutionnel à partir des années 1970, a paru renforcer l'importance de la constitution considérée en tant que loi écrite suprême. Le préjugé en faveur du juge (ou du moins d'une institution assimilable, comme c'est le cas du Conseil constitutionnel) a conforté le préjugé en faveur du droit écrit pour aboutir à cette idée reçue que la constitution formelle de la France était désormais restaurée dans son autorité, peut-être pour la première fois de l'histoire de la France depuis 1789, si bien qu'il ne serait pas illégitime de parler de « résurrection de la constitution ».

Ce renouveau semble s'être accompagné d'une réhabilitation au moins psychologique et symbolique de la constitution dans le discours politique ordinaire, comme le révèle entre autres la formule de F. Mitterrand en 1986 : « la Constitution, rien que la Constitution, toute la Constitution ». Mais cette attitude est probablement plus apparente que réelle et quoi qu'il en soit, la « résurrection » dont il est ici question s'avère en réalité fort précaire et tient en grande partie du trompe l'œil : la Constitution formelle de la V<sup>e</sup> République est aujourd'hui plus relative que jamais.

#### a) Relativité du caractère formel et rigide de la constitution

A parler strictement, une constitution peut être qualifiée de formelle si elle est écrite et consignée dans un document unique. Or, celle de la V<sup>e</sup> République répond de moins en moins à cette définition.

Tout d'abord, le document promulgué le 4 octobre 1958 et comprenant à l'origine 92 articles (ils sont aujourd'hui un peu plus nombreux car, quoique numérotés de 1 à 89 depuis la révision du 4 août 1995, des articles intermédiaires ont été ajoutés au fil des nombreuses révisions formelles) s'est enrichi d'un ensemble de plus en plus complexe de normes écrites dont la valeur constitutionnelle a été expressément consacrée. En premier lieu, le Préambule, initialement considéré, de façon implicite, comme extérieur à la Constitution formelle, doit être, selon nous, désormais regardé comme faisant partie intégrante de celle-ci. C'est cette solution que consacrait la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971. C'est ce qu'a également consacré le légiconstituant par l'article 1<sup>er</sup> de la loi constitutionnelle n°2005-205 [p. 153] du 1<sup>er</sup> mars 2005 qui, pour la première fois, modifie expressément le Préambule en ajoutant la mention de la « Charte de l'environnement ». Dès lors, à la manière des « poupées russes », la Constitution formelle recèle en plus de la centaine d'articles numérotés, une série de textes qui sont à la fois distincts mais qui ne lui sont pas extérieurs : le Préambule de 1958, la Déclaration des droits de l'homme de 1789, le Préambule de 1946, et la Charte de l'environnement de 2004<sup>10</sup>. S'y ajoutent même les *Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, mais qui ne sont pas énumérés. C'est pour embrasser cette ensemble complexe que l'on utilise la notion de « bloc de constitutionnalité », qui se présente comme une dilatation considérable de la constitution formelle.

---

<sup>10</sup> On pourrait ajouter le cas de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998 intégré à l'article 76 de la Constitution par la loi constitutionnelle n°98-610 du 20 juillet 1998.

De plus, la cohérence du caractère formel de la Constitution a été profondément malmenée par la pratique, depuis 1992, d'insérer la mention d'importants traités européens (de Maastricht à Lisbonne) ou internationaux (celui de Rome sur la C.P.I.) dans des articles de cette même Constitution. Alors que la raison d'être (illusoire, sans doute, mais témoignant d'une préoccupation réelle) d'une constitution écrite est la clarté et la rationalité, le légiconstituant obscurcit l'ouvrage en brouillant le sens de l'énoncé écrit, qui ne peut désormais être compris sans se référer à d'autres textes. Enfin, la relativité de la Constitution formelle a été aggravée par l'adoption de dispositions écrites à valeur formellement constitutionnelle mais sans objet ou sans effet : il s'agit ici de certaines parties des lois constitutionnelles n°2005-204 du 1<sup>er</sup> mars 2005 et n°2008-103 du 4 février 2008. Elles contenaient ou contiennent des dispositions destinées à modifier certains articles de la Constitution (les articles 88-1 à 88-5) ou à en ajouter de nouveaux (art. 88-6 et 88-7). De telles dispositions sont juridiquement valides (la loi constitutionnelle a bien été promulguée et publiée) mais leur effectivité est suspendue à la condition de l'entrée en vigueur d'un traité international. Dans le premier cas, on sait que le Traité établissant une Constitution pour l'Europe signé le 29 octobre 2004 n'est jamais entré en vigueur. Dans l'autre cas (la loi constitutionnelle de février 2008 ayant abrogé une partie de celle de 2005), ses dispositions sont suspendues à l'entrée en vigueur - hypothétique, notamment depuis son rejet par le peuple irlandais en juin 2008 - du traité de Lisbonne de 2007. Cette méthode, déjà pratiquée en 1992 pour le traité de Maastricht, consistant à faire adopter par le Congrès une révision de la Constitution formelle préalablement [p. 154] à un référendum sur le projet de loi autorisant la ratification pour la France du traité était hasardeuse : il eût été plus conséquent d'inviter le peuple à se prononcer sur la révision de la Constitution afin d'éviter que, en cas de refus, la loi fondamentale ne soit révisée inutilement.

Quoi qu'il en soit, survivent un temps des dispositions d'une loi constitutionnelle intégrées ou non au document constitutionnel mais qui ne peuvent s'appliquer. Cette politique de Gribouille ne renforce pas précisément la Constitution formelle.

La Constitution formelle de 1958, d'autre part, satisfait en apparence aux exigences doctrinales du caractère de la rigidité (dont il faut rappeler qu'il est conceptuellement distinct du caractère formel : il existe des constitutions formelles « souples ») : le texte constitutionnel ne peut être explicitement modifié que par l'adoption d'une loi constitutionnelle spécifique adoptée selon une procédure différente de la procédure législative ordinaire (on laisse de côté ici la question particulière et problématique de la révision d'octobre 1962 et du référendum de 1969). Or, force est de noter que cette « rigidité » est, en réalité, faible voire illusoire. S'inscrivant dans la continuité d'une tradition remontant au moins à 1875, elle est sous-tendue par le primat du caractère essentiellement représentatif dominant (avec des éclipses, certes) le constitutionnalisme français depuis 1789. Le référendum ratifiant une révision peut être évité : les organes représentatifs ordinaires peuvent conserver la maîtrise entière du processus et les majorités parlementaires requises sont, finalement,

très peu exigeantes : majorité simple dans chaque chambre, majorité des 3/5<sup>e</sup> des suffrages exprimés (et non de l'effectif légal), ce qui est bien peu et a permis plus d'une fois à une majorité gouvernementale monocolore d'opérer seule le contenu de la révision (le cas le plus critique étant celui de novembre 1993 à propos du droit d'asile, car il était conflictuel et l'opposition ne disposait pas d'effectifs suffisants pour bloquer la révision). En l'occurrence, on sait que non seulement les révisions se sont multipliées depuis 1992 (18 en 16 ans) et qu'elles ont toutes (sauf deux) ont été adoptées par la voie du Congrès, si bien que la Constitution formelle ne bénéficie plus véritablement d'une réelle stabilité et, quoique réputée acte du peuple souverain, est à la disposition de ses représentants.

Plus encore : l'opération légi-constituante, même lorsque réalisée par les représentants (et non par le souverain lui-même), n'est pas contrôlée par le juge (décision n°2003-469 DC 26 mars 2003), qui pratique ici une autolimitation que l'on peut trouver sage d'un certain point de vue, mais qui n'est pas absolument évidente au regard de la raison d'être des constitutions formelles et rigides censées protéger les plus hautes volontés d'un peuple souverain. On aboutit un peu curieusement [p. 155] à un système qui, tel que pratiqué, signifie une sorte de « souveraineté congressionnelle » de facto : le peuple est évacué par ses représentants qui peuvent, sans contrôle juridictionnel, instrumentaliser la constitution formelle.

#### b) La Constitution « vivante » et la relativité de l'écrit

Il est un autre ordre de considérations qui accentuent la relativité de la Constitution formelle (ici plus spécialement dans son caractère de constitution *écrite*) : il s'agit de la prise de conscience croissante que le texte constitutionnel est, par lui-même, fort peu de choses pour déterminer le droit effectivement et concrètement en vigueur. L'effectivité nouvelle procurée à la Constitution de 1958 par le contrôle exercé (principalement) par le Conseil constitutionnel impliquait moins une restauration du texte qu'une mutation : le passage à une constitution en grande partie « jurisprudentielle », phénomène d'ailleurs perçu et admis par le courant doctrinal qui a célébré le renouveau de la Constitution française. Celle-ci est donc vue dans une perspective dynamique et non plus seulement statique, comme un acte vivant (on songe évidemment au thème de la « living constitution » depuis longtemps en vogue aux Etats-Unis) qui relègue au second plan la constitution en tant qu'acte écrit. Le succès des théories réalistes de l'interprétation a conforté ce constat empirique qu'il était désormais indispensable de se référer à la jurisprudence constitutionnelle pour identifier le droit constitutionnel en vigueur. Sous ce rapport, la France a ainsi rejoint le cheminement de nombre de démocraties constitutionnelles voisines dotées d'une justice constitutionnelle importante.

Toutefois, la prise de conscience de cette évolution - inévitable, à vrai dire - a entraîné un déplacement et surtout une réduction considérable du regard porté sur la constitution : parce que le contrôle exercé par le juge constitutionnel concerne en grande partie les droits et libertés des citoyens, certains en ont conclu que ces matières constituaient la partie la plus importante du droit constitutionnel, négligeant

ce qui faisait l'objet premier des constitutions modernes : la mise en forme du pouvoir politique. De plus, le développement de la justice constitutionnelle a tendu à reléguer dans l'ombre ce qui ne fait pas l'objet d'un contrôle juridictionnel, comme si le droit était réductible à ce qui est sanctionné juridictionnellement et comme si le juge détenait une compétence illimitée, lui permettant d'intervenir sur l'intégralité des matières du champ de la constitution. A l'encontre de telles simplifications, il convient de rappeler cette évidence qu'une portion importante, peut-être même la plus importante, de la matière constitutionnelle échappe totalement à l'intervention du juge. La régulation [p. 156] des rapports entre les principales institutions de gouvernement se réalise essentiellement par d'autres voies ; bien souvent, elle ne passe pas par l'application d'une norme prédéterminée, par la conformité d'un acte à une règle supérieure ; elle relève bien plus d'un ensemble de relations dynamiques et complexes, qui n'est pas réductible aux seules normes juridiques.

Quoi qu'il en soit, et même si l'on ne veut pas souscrire à une conception radicale de l'interprétation comme acte de création, il n'en demeure pas moins que le texte constitutionnel, la Constitution formelle, n'est et ne saurait être qu'un support à partir duquel se déploie la vie constitutionnelle concrète, bref la Constitution réelle.

#### **4. Un ordre constitutionnel (nécessairement) impressionniste**

Tout bien considéré, la présence d'une constitution formelle ne change donc pas radicalement la nature du pouvoir de domination légitime. Que les règles gouvernant l'exercice du pouvoir politique et garantissant les droits des citoyens soient écrites ou non, que nombre d'entre elles, parmi les plus importantes, soient dotées d'une force supérieure ou non, leur analyse est toujours complexe, marquée par la fluidité, par un caractère évolutif. Sans sacrifier le moins du monde à la rigueur juridique, il convient de prendre conscience qu'il serait vain de se laisser hypnotiser par la constitution écrite, autrement dit par ce qui sert seulement de support au pouvoir de gouvernement.

Une constitution ne saurait donc être réduite à une loi écrite, fût-elle « suprême »<sup>11</sup>. Car l'écrit ne peut jamais être autosuffisant. Les dispositions qu'il contient ne peuvent presque jamais opérer sans recourir à des notions et concepts sous-tendus par lui, ni sans un principe d'énergie qui vient des forces extérieures aux normes juridiques formelles.

De même que la notion d'ordre juridique (même si elle est parfois contestée) présente une grande utilité pour traduire le fait que le droit ne peut être simplement ramené à une simple compilation disparate de normes, mais qu'il est « un ensemble organisé d'éléments interdépendants formant une unité » (Ch. Leben<sup>12</sup>), la notion d'ordre constitutionnel traduit probablement mieux que le terme de constitution (trompeur parce que marqué par une polysémie dont on a vu qu'elle révélait différents aspects d'un même phénomène irréductiblement complexe), ce fait que le droit constitutionnel, l'étude

---

<sup>11</sup> A proprement parler, elle serait d'ailleurs plus une collection de normes qu'une norme en tant que telle.

<sup>12</sup> *Droits*, n°33, 2001, p 20.



du gouvernement [p. 157] des hommes au moyen du droit dans un corps politique donné, présuppose un tout qui dépasse la simple addition des objets le composant. En particulier, cette notion dépasse le seul aspect des normes strictement juridiques dont l'étude ne peut être complètement séparée des composants proprement politiques<sup>13</sup>. Peu employée en France, l'idée d'ordre constitutionnel est en fait implicite chez nombre d'auteurs. Elle est plus courante à l'étranger, notamment en Allemagne, où ce terme (« verfassungsmässige Ordnung ») est évoqué à l'article 20 (al. 3) de la Loi fondamentale et régulièrement employé non seulement par la doctrine mais aussi par les juges constitutionnels.

Du point de vue de son contenu, l'ordre constitutionnel repose sur des institutions, ces corps élémentaires qui précèdent tout le jeu ordinaire de production du droit (même si, hors d'une constitution coutumière, ils sont « posés » de façon élémentaire par un acte constituant, mais se développent ensuite par eux-mêmes). Elles sont investies de compétences, assujetties à des procédures et à des principes structurants (par exemple la souveraineté de l'Etat, le principe de respect du droit posé, etc...) ou des principes matériels qui limitent au moins partiellement le contenu de leurs actes mais, simultanément, les institutions façonnent elles-mêmes ces règles.

Du point de vue de la forme, l'ordre constitutionnel est structuré en partie par des instruments juridiques, notamment des énoncés écrits (inscrits au plus haut niveau dans la Constitution formelle mais aussi dans d'autres instruments tels que les lois organiques, les règlements des assemblées, etc...) qui doivent être concrétisés par les acteurs de la vie constitutionnelle. Il est également structuré par des règles non écrites, également produites par l'action des institutions, et qui peuvent revêtir un statut différencié et une normativité variable : des interprétations plus ou moins liantes selon celui qui les a émises, des conventions ou plus simplement des pratiques politiques. Comme dans les autres branches du droit, la jurisprudence tient ici une place croissante - mais non exclusive - dans la concrétisation des diverses énoncés et la formulation des règles.

Tout cela interagit de façon éminemment complexe, d'une manière qui est tout sauf mécanique. Surtout, ces éléments pris ensemble font système : l'ordre constitutionnel est la résultante de l'articulation relativement coordonnées entre le jeu des institutions et des règles qu'elles contribuent à formuler et en même temps qu'elles sont amenées à s'y [p. 158] soumettre. Il est le produit relativement stable de l'interaction entre ce qui doit (ou ce qui peut) être, c'est-à-dire les agencements contraignants de la constitution normative, et ce qui est réellement, la constitution réelle ou effective.

Ce système, forcément impressionniste, spécialement confus dans le cas français, oscille entre une certaine statique et une inévitable dynamique. La composante statique est fournie notamment par la permanence des principaux organes constitutionnels et le corps des principales règles juridiques relativement stabilisées qui régissent leurs relations. Dès lors, un ordre constitutionnel est édifié, dans

---

<sup>13</sup> C'est pourquoi on ne suivra pas la définition de l'ordre constitutionnel proposée par J.-M. Blanquer (*Mélanges J. Robert*, 1998, p 235) comme « l'ensemble de ce qui doit être respecté en vertu de la Constitution », parce qu'elle nous paraît trop étroitement normativiste.

son économie générale, pour l'essentiel dans les premières années et il est fréquent qu'il soit marqué par une certaine constance. Tel est le cas pour la V<sup>e</sup> République, en ce sens que le système de gouvernement demeure proche de ce qui fut construit dans la première décennie. Mais l'ordre constitutionnel est également travaillé par une dynamique ininterrompue : une part importante de normes en vigueur peuvent changer (soit par voie formelle, soit par voie d'interprétation), disparaître, ou bien de nouvelles apparaissent. Parfois les organes eux-mêmes subissent des changements statutaires (par ex. le mandat quinquennal du Chef de l'Etat) mais le plus souvent, ces changements concernent tel ou tel aspect relativement mineur de l'institution (par ex. le refus présidentiel de signer des ordonnances). Ces modifications peuvent être de portée variable, et il est rare qu'elles remettent complètement en cause l'identité d'ensemble de l'ordre constitutionnel lui-même (en l'occurrence, le rôle croissant du Conseil constitutionnel est parvenu à se greffer sur la Constitution gaullienne d'une façon finalement assez harmonieuse). En ce sens, malgré tous les changements qui l'ont affectée depuis 50 ans, la V<sup>e</sup> République demeure. Mais, cette permanence masque mal le caractère confus qui, depuis les origines, est le sien, tant dans ses aspects formels que matériels. L'impressionnisme n'a peut-être pas, en matière constitutionnelle, la beauté qui est la sienne en matière picturale.