

Les sources non-écrites de la Constitution

John BELL

Professeur de droit de l'Université de Cambridge

La notion de règles constitutionnelles « non écrites » pose des problèmes théoriques, mais elle est couramment admise dans la pratique constitutionnelle. Même si la Constitution française se présente comme une Constitution « écrite » à la différence de la Constitution britannique, les deux constitutions se ressemblent beaucoup plus que l'on ne pense.

Le problème théorique posé par les règles non écrites de la Constitution se décline en deux éléments. En premier lieu, la règle non écrite manque de précision et peut violer l'obligation de la clarté et de l'intelligibilité du droit (I). En second lieu, de telles règles manquent de légitimité car elles n'ont pas reçu l'approbation du constituant (II). Mais la nécessité de la vie constitutionnelle requiert que les lacunes du texte constitutionnel soient comblées par les décisions des juges ou par d'autres autorités constitutionnelles.

I - LE MANQUE DE PRÉCISION

Tout texte est rédigé avec peu de mots. Les mots choisis expriment explicitement certaines idées importantes, mais ils laissent entendre beaucoup plus. Ainsi les concepts choisis sont souvent incomplets (A) et ont besoin d'être interprétés (B). De plus certaines normes ne sont pas formulées dans les textes mais requièrent un acte d'innovation du juriste ou du juge (C).

A. Les concepts incomplets

Les rédacteurs de textes constitutionnels se servent des concepts attractifs au grand public, mais souvent sans clarté juridique. De tels concepts sont à contenu variable. Cela veut dire que l'interprète ne se trouve pas en face d'une valeur unique, mais en face d'un cadre dans lequel des valeurs plus spécifiques peuvent être insérées et pesées l'une contre l'autre¹. Dans chaque situation, des valeurs différentes peuvent être en cause, et le poids de ces différentes valeurs varie aussi selon les circonstances de l'affaire². Le raisonnement juridique avec une telle notion n'a pas de caractère

1. N. MacCormick parle ici d'une « fonction » dans le sens de logique formelle ou de la mathématique que l'on doit préciser dans chaque application.

2. N. MacCormick, « On Reasonableness » dans Ch. Perelman et R. Vander Elst, *Les notions à contenu variable*, Bruylant, Bruxelles, 1984, pp. 131 à 143.

déductif. Au contraire, l'élaboration de ce concept repose sur un équilibre entre plusieurs aspects de l'affaire. MacCormick se sert de l'analogie des pieds d'une chaise – un seul d'entre eux ne suffit pas pour maintenir son équilibre, mais trois ou quatre pieds en équilibre peuvent le faire. Le rôle du juge n'est pas de découvrir une hiérarchie de valeurs préalable, mais de construire une priorité entre les valeurs en conflit bien adaptée aux circonstances de l'affaire³. Les justifications tirées de plusieurs sources peuvent suffire pour donner un fondement à son argumentation.

Prenons comme exemple la notion de la « souveraineté ». Comme Olivier Beaud a écrit : « la signification juridique du terme de Souverain est loin d'être univoque »⁴. Il met l'accent sur l'idée que le souverain est la personne qui exerce le pouvoir suprême dans une collectivité politique. Alors la question de savoir *qui* exerce un tel pouvoir et *en quoi* consiste ce pouvoir suprême reste à être identifiée. Ainsi, l'article 3 de la Constitution française de 1958 déclare que « la souveraineté nationale appartient au peuple ». Mais, en dehors du cas où le peuple exerce son pouvoir de constituant, cette souveraineté s'exerce en conformité avec les procédures et limites de la Constitution. Le souverain s'est auto-limité. Alors, la monnaie nationale (et le pouvoir de contrôle sur l'économie nationale que cela permet) a été déclarée comme élément essentiel de la souveraineté nationale par le Conseil constitutionnel en 1993⁵ :

« [l'Union économique et monétaire] comporte la mise en œuvre d'une politique monétaire et d'une politique de change uniques suivant des modalités telles qu'un État membre se trouvera privé de compétences propres dans un domaine où sont en cause les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ;

Considérant que, dans leur état, les dispositions de la Constitution font obstacle à ce que la France s'intègre à l'Union économique et monétaire instituée par le traité... »

Cette élaboration de la notion de souveraineté était un choix d'une orientation en faveur d'un contrôle par les instances nationales de la liberté économique du pays. Mais, à la suite de la révision de 1992, la Constitution ne comporte plus cette vision.

La notion de souveraineté fait partie aussi du débat britannique sur l'Union européenne. Dans l'affaire *Miller*⁷, la Cour suprême a dû décider si la souveraineté du Parlement comme principe fondamental de la Constitution avait pour conséquence que seule le Parlement pouvait apporter une modification aux sources de droit, en particulier le statut du droit de l'Union européenne comme source du droit au Royaume-Uni. Dans la tradition britannique, la souveraineté nationale s'exerce par voie de la souveraineté du Parlement⁸. La souveraineté du Parlement implique à la fois une compétence législative illimitée et le droit de contrôler le gouvernement. Au moment du dépôt de la demande de Brexit selon l'article 50 de la Traité de l'Union européenne, la question se posait si le gouvernement pouvait en faire la

demande tout seul, ou bien s'il avait besoin de l'autorisation du Parlement. En matière des affaires étrangères, le gouvernement avait la compétence dérivant de la prérogative royale de négocier et de conclure des traités que la reine signe. Mais de tels traités ne pourraient avoir d'effet en droit interne sans une loi parlementaire. Mais, selon la majorité de la Cour suprême, la loi d'accession du Royaume-Uni à l'Union européenne (la *European Communities Act 1972*) avait pour effet implicite de rendre le droit de l'Union européenne comme source du droit interne. Cette interprétation du transfert de la souveraineté suivait la position dominante de la doctrine⁹, mais elle était contestée par la minorité de la Cour et de la doctrine. Il s'en suivait que seul le Parlement pouvait apporter une modification aux sources de droit. L'effet juridique de la demande de sortir de l'Union européenne pouvait être que le Royaume-Uni quitterait après l'expiration le délai de deux ans précisé dans l'article 50 sans l'approbation du Parlement.¹⁰

Dans les deux situations touchant aux rapports entre le droit national et l'Union européenne, l'absence de clarté dans les textes de base et dans le concept de « souveraineté » retenu par la communauté des juristes a laissé la tâche aux juges (le Conseil constitutionnel et la Cour suprême) d'en élaborer le contenu pour résoudre une question précise.

B. Interprétation

La norme constitutionnelle n'est pas la même chose que le texte approuvé par le constituant. Bien sûr, on commence l'acte d'interprétation en lisant le texte voté par le constituant, par exemple le texte de la Constitution de la V^e République. Mais la lecture du texte a pour objet de retrouver la *Constitution opérationnelle* – les normes qui ont pour mission de guider les acteurs constitutionnels aujourd'hui. La lecture procède ainsi en plusieurs étapes. Tout d'abord, il faut établir le texte canonique – les mots qui proviennent du texte original et des modifications ultérieures. Ensuite, le lecteur doit mettre ensemble les dispositions de plusieurs textes constitutionnels qui touchent au sujet en question. Il s'agit ici d'un acte de *compilation*¹¹. Mais, en deuxième lieu, l'interprète a besoin non seulement de ce qui est explicite, le « dit », mais aussi de ce qui est contextuellement sous-entendu ou implicite, le « non-dit ». Le choix des mots et des concepts dans un texte a des résonances soit sociales et culturelles ou bien spécifiquement juridiques. Une notion comme la « liberté » a une résonance politique d'une certaine époque. Le citoyen de l'époque qui propose ou bien qui approuve le texte, n'a pas besoin d'explication pour comprendre ce que la notion veut dire. Une notion comme « le droit pénal » a une résonance juridique. L'usage des juristes rend superflu la définition dans la Constitution de plusieurs concepts juridiques. Il y a des présomptions, par exemple, de ne pas lever d'impôt sans texte explicite. Mais il y a une grande tradition juridique du pays qui donne la couleur et le sens aux mots d'un texte. Comme Krygier le dit, « même la législation radicalement réformatrice entre dans la continuité d'une tradition qui a influencé le style de la rédaction

3. *Ibid.*, p. 153.

4. O. Beaud, « Le Souverain », *Pouvoirs* 1993, n° 67, p. 33-45.

5. Cons. const., 23 août 1985, n° 85-197 DC, *Rec.* p. 70, cons. 23.

6. Cons. const., 9 avr. 1992, n° 93-308 DC, *Rec.* p. 55, cons. 43 et 44.

7. R (on the application of Miller and another) (Respondents) v. Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant) [2017] UKSC 5. Voir J. Bell, « La Cour suprême du Royaume-Uni et le Brexit », *RFDA* 2017, p. 220.

8. J. Bell, « Que représente la souveraineté pour un Britannique ? », *Pouvoirs* 1993, n° 67,

et va influencer son interprétation et son application »¹². Alors, pour lire un texte constitutionnel, le juriste doit garder en tête non seulement la grammaire explicite du texte, mais aussi les résonances implicites qui donnent une portée aux mots utilisés. Cette activité de mettre ensemble le dit et le non-dit est un acte de *contextualisation*.

En troisième lieu, le texte constitutionnel n'est pas un objet purement historique dans un musée sous la curatelle des juristes. Le texte a une portée ambulatorio. Il s'applique au jour actuel et dans le contexte du droit courant. Cette tâche va au-delà d'une « codification à droit constant »¹³. Un texte juridique a pour mission d'être appliquée dans une situation contemporaine, souvent plusieurs siècles après l'acte initial d'approbation du constituant. L'interprète n'essaie pas de servir d'une capsule temporelle pour se remettre au moment de l'adoption du texte. Il essaie d'intégrer ce texte dans l'ensemble des règles, principes et valeurs du droit contemporain pour en dégager un sens compatible avec les autres obligations constitutionnelles. Cet ensemble est implicite dans la vision de tout sujet de la Constitution, mais n'est pas en soi, implicite dans le texte. Ainsi, on peut parler d'un acte d'*intégration* pour ce stade de l'art de l'interprétation. L'obligation d'une interprétation conforme d'une loi nationale avec les obligations de la Convention européenne ou avec le droit de l'Union européenne reflète cet esprit de modernisation de la loi¹⁴. Comme l'a bien expliqué le juriste italien, Emilio Betti, « une fois l'ouvrage achevé et, pour ainsi dire, sorti de la main de l'artisan, l'ouvrage ne lui appartient plus, mais il devient la propriété noétique de tous les membres de la communauté du savoir »¹⁵.

Si l'on tient compte de l'effet des trois moments de compilation, de contextualisation et d'intégration, le texte écrit et son exégèse n'est qu'un élément de l'art d'interprétation juridique. Les éléments non-écrits (le contexte social ou juridique de l'époque, et les éléments à intégrer du contexte juridique contemporain) deviennent fort importants.

En ce qui concerne la clarté et l'intelligibilité du droit, ce processus d'interprétation pour arriver à la norme constitutionnelle est difficile. Le texte est visible et accessible, mais les éléments de contextualisation et d'intégration sont souvent implicites et matières d'un jugement professionnel. Les juristes bien formés peuvent comprendre ces démarches de raisonnement, mais souvent ils peuvent en contester les résultats. On peut parler de l'« art » d'interprétation. Le résultat de l'interprétation est assujéti à la démarche de justification pour persuader d'autres juristes de la justesse de la solution proposée, mais la justification en est compréhensible essentiellement par les juristes. La solution peut être claire et intelligible, mais essentiellement parmi la communauté des juristes.

En ce qui concerne la légitimité de la solution, le lien avec le constituant est assez clair pour le texte de base. Certains éléments de la contextualisation et de l'intégration peuvent relever des croyances documentées du constituant originaire ou des actes ultérieurs du constituant. Mais l'ensemble est l'œuvre de l'interprète, souvent un juge constitutionnel. Si les briques proviennent du constituant, la fabrication du bâtiment de la Constitution actuelle est l'œuvre du juriste.

12. M. Krygier, « Law as Tradition », *Law and Philosophy* 1986, vol. 5, pp. 237-252.

13. J. Bell, « Interpreting Statutes over time » in F. Ost et M. Van Hoecke, *Time and Law. Is it the Nature of Law to Last ?*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 31.

14. Ex. affaire C-106/89, *Marleasing SA c/ La Comercial Internacional de Alimentación SA*, [1990] ECR I-4135.

C. Les principes

La notion de « principe » en droit est beaucoup discutée parmi les juristes¹⁶. Le principe est une justification de spécificité plus générale qu'une règle¹⁷. Un principe offre une justification non contraignante pour une solution juridique. Comme Alexy l'explique¹⁸, la solution ne vient pas par la force de la logique d'un principe. Il en fait une concrétisation sous forme d'une règle nouvelle pour aboutir à une solution d'un cas particulier. Normalement, le principe peut justifier plusieurs solutions. Le principe sert de téléologie pour un domaine du droit, une orientation plutôt qu'une décision¹⁹. Le principe rend explicite des valeurs du droit. Selon Alexy, les principes constitutionnels sont des « exigences d'optimalisation »²⁰. Ils présentent des arguments en faveur d'une orientation du droit, mais ils peuvent entrer en conflit avec d'autres principes et la solution en résulte par voie d'un équilibre entre les valeurs en question.

Morvan écrit que l'élaboration des principes est « invention et construction », « découverte et création »²¹. Il trouve dans la doctrine française l'image de la « sédimentation », l'idée qu'un principe est forgé par maints actes législatifs ou par maintes décisions jurisprudentielles que l'on peut y voir apparaître une norme juridique de portée générale. C'est la création à petit pas par l'action et par la réflexion juridique²². Il explique que le juriste agit par voie de l'induction – de voir l'ensemble des règles et des solutions du droit et d'en extraire un principe formulé de manière suffisamment claire pour être capable d'orienter et justifier les solutions juridiques. Comme il écrit, c'est un acte de *construction* et non pas de simple découverte d'un objet perdu de vue²³.

Mais un tel processus de raisonnement se fait en trois étapes. Dans une première étape, le juriste sélectionne les matériaux juridiques pertinents – les textes constitutionnels, ou de la jurisprudence, des lois ou de la doctrine. Dans une deuxième étape, le juriste y retrouve un élément directeur qui explique les solutions adoptées par le constituant, le législateur, les juges ou les juristes. Dans une troisième étape, le juriste en propose une formulation assez précise mais féconde qui peut servir comme base pour les solutions ultérieures.

Morvan justement aperçoit dans ce processus de raisonnement une *invention* de la norme. Dans un sens, le principe préexiste la formulation du juge ou du juriste. Les textes existent souvent depuis des décennies. Mais la « révélation » du principe est un moment créateur²⁴. Il ne s'agit pas de trouver une formulation dans une loi ancienne,

16. Voir, en particulier, P. Morvan, *Le principe de droit privé*, Panthéon-Assas, Paris, 1999.

17. J. Bell, *Policy Arguments in Judicial Decisions*, Oxford University Press, Oxford, 1983, p. 26. Aussi J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Mohr, Tübingen, 1956, pp. 51 à 52 ; R. M. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Dartmouth, Londres, 1978, pp. 115-118.

18. R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, traduit par R. Adler et N. MacCormick, Oxford University Press, Oxford, 1989, pp. 242-244.

19. *Ibid.*, p. 243.

20. R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, traduit par J. Rivers, Oxford University Press, Oxford, 2002, ch. 3, en particulier pp. 47-48.

21. R. Alexy, *op. cit.*, p. 501.

22. *Ibid.*, pp. 453-473, en particulier pp. 459-462.

23. *Ibid.*, pp. 492-501.

24. *Ibid.*, p. 473.

un acte d'archéologie juridique, mais d'établir un aperçu sur le domaine du droit avec un œil neuf. Cette perception neuve ouvre les yeux d'autres juristes sur la sous-structure du droit. Ainsi, il s'agit d'une création juridique. Si je peux faire l'analogie avec la biologie synthétique, l'analyse ADN permet de retrouver une séquence unique de la personne. La séquence existe déjà, mais son contenu et sa portée ne sont pas encore connus. La « découverte » permet d'en sélectionner certains éléments pour fabriquer un traitement « naturel » et les réinsérer dans le corps du patient afin de stimuler l'amélioration de la santé. Est-ce que l'usage de l'information sur la séquence ADN est un acte créateur ou non ? Certes, c'est l'imagination du scientifique de voir dans ces matériaux les possibilités d'un traitement et cela est vraiment un moment d'inspiration et de création.

Ce processus de raisonnement n'a rien d'arbitraire²⁵. Dominique Rousseau parle bien de la « découverte » des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et explique que « l'invention de principes constitutionnels est toujours le résultat d'un processus de dialogue entre les acteurs du système juridique »²⁶. La communauté des juristes est la gardienne des sources du droit. Ainsi, ce n'est pas seulement le Conseil constitutionnel qui édicte la découverte d'un principe fondamental, mais celui-ci doit recevoir l'approbation de la communauté des juristes. Mais Rousseau explique que pour « découvrir » un tel principe, le juge constitutionnel doit rechercher dans au moins une loi l'incarnation de ce principe. Ainsi, il ne s'agit pas nécessairement de retrouver l'expression du principe, mais d'y retrouver le principe comme fondement essentiel de certaines dispositions. Cet acte de discernement continue en limitant les principes à des principes « fondamentaux ». Ces deux aspects montrent que la découverte est un acte créateur, même si les autres critères (loi et République) sont plus objectifs et faciles à déterminer. Le principe fondamental n'est pas dans le texte, mais se révèle à partir de la lecture du texte. Est-ce que ces principes fondamentaux sont vraiment fondés sur une source écrite de la Constitution ?

Prenons comme exemple, la répartition des compétences entre les juridictions administratives et judiciaires²⁷. C'est un principe bien reconnu par les juristes. Mais le fondement textuel était difficile car la loi du 16-24 août 1790 n'était pas une loi républicaine et l'ordonnance de 1945 n'était pas une loi. Pour autant, le Conseil constitutionnel a dit :

« que, néanmoins, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle. »

C'est une interprétation de la constitution qui ne semble pas avoir besoin de fondement clairement textuel.

25. *Ibid.*, p. 463.

26. D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 8^e éd., Montchrestien, Paris, 2008, p. 109.

II – LA LÉGITIMITÉ DES SOURCES NON ÉCRITES

En principe, l'autorité légale de la Constitution repose sur l'approbation du constituant. Le constituant est le souverain suprême et il a l'autorité de faire naître la constitution. Mais le constituant n'agit que rarement. Ainsi, à côté de l'acte du constituant comme *autorité* (A), il y a l'*autorisation* donnée par le constituant à d'autres acteurs constitutionnels pour modifier les dispositions de la Constitution (B). Mais, en fin de compte, il faut accepter dans un esprit réaliste que ceux qui font application de la Constitution doivent résoudre des problèmes imprévus ou imprévisibles, ou bien que le constituant ait trouvé trop difficiles à résoudre lui-même. Dans de telles circonstances, l'état des choses est que le juriste ou le juge doit faire des choix dans l'application de la Constitution et le rôle du constituant n'est que de contrôler l'action du juge après coup par l'expression de son désaccord dans une modification de la Constitution (C).

A. Le constituant agit comme autorité

Le constituant peut agir comme autorité suprême non seulement pour approuver des textes, mais aussi pour accepter des sources non écrites. Pour revenir aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, le constituant de 1946 n'a pas établi une liste exhaustive de ces principes. Ce concept n'était qu'une notion à contenu imprécise sur laquelle on pourrait avoir un débat ultérieur. Mais le constituant le consacrer pour éviter le problème de dresser une liste définitive des tels principes au moment de l'acte de constituant en octobre 1946. Les Nations unies ont décidé de la même façon pour l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice en faisant référence à « la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit » et aux « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ».

En France, le constituant est le peuple qui exerce son pouvoir soit directement sous forme de référendum ou par délégation au Congrès. Mais il est assez rare pour le constituant d'agir sous cette forme. On compte 25 révisions de la Constitution, la plupart d'entre elles ont été adoptées par le Congrès. Au Royaume-Uni, le constituant est le Parlement. Tout récemment les juges ont donné le nom « lois constitutionnelles » à ces textes constitutionnels²⁸, même s'il n'y a pas de procédure spéciale pour leur adoption ni une déclaration spéciale au moment de la signature par la Reine. Ainsi, il reste contestable de dresser une liste de ces lois constitutionnelles. Certaines lois constitutionnelles sont précises, par exemple les annexes de la *Scotland Act 1998* qui décrivent la compétence du Parlement écossais. Mais, comme dans le cas de la *European Communities Act 1972*, le constituant laisse souvent en suspens certaines questions, par exemple le conflit entre la loi parlementaire et le droit communautaire.

B. L'autorisation d'autres acteurs constitutionnels

Si le constituant ne peut agir que rarement, il peut conférer la légitimité à un délégué. On peut concevoir le rôle du Congrès français dans cette perspective. La

28. *Laws LI, Thoburn v. Sunderland City Council* [2003] OB 151, para. 58 à 59.

modification par référendum n'est pas vue comme nécessaire ou pratique pour toute modification de la Constitution. Par contre, il y a des pays tels que l'Irlande où la modification par référendum est toujours requise. Le constituant garde son contrôle par le choix du délégué habilité et par la procédure qui lui est imposée. Mais certaines questions restent en dehors de l'habilitation du délégué, par exemple le bouleversement de la forme des institutions. Si le délégué est plus en position de faire modifier la Constitution en temps utile, la modification reste une procédure nécessairement longue et parfois complexe pour assurer assez de réflexion.

C. Le rôle de la communauté de juristes

Le rôle du constituant ou de son délégué est important pour la légitimité des actes qui créent les textes constitutionnels. Mais pour l'élaboration et la mise à jour quotidienne de la Constitution leur intervention est trop ponctuelle et trop lourde. Comme d'ailleurs le référent législatif instauré en France pour les lois en 1790 et abandonné en 1837, le recours à l'autorité suprême pour résoudre les difficultés d'interprétation ou d'application n'est pas réaliste. Alors, il faut accepter que la communauté des juristes soit la vraie gardienne de la Constitution dans sa qualité d'ensemble de normes juridiques.

On vient de tenir compte de l'importance de la créativité du juge dans l'interprétation de textes écrits et dans l'identification des principes constitutionnels (sans parler des valeurs ou objectifs constitutionnels). Vu l'analyse de la première partie de cet article, il est clair qu'une telle activité des juristes est indispensable pour la vie quotidienne de la Constitution. Ne serait-on pas devant une situation où l'activité de certains acteurs constitutionnels est illégitime, mais nécessaire ? Est-ce que l'on doit accepter que certaines règles juridiques soient vidées de substance par des conventions constitutionnelles ?

Je crois qu'il faut développer une pensée plus sophistiquée au sujet des sources du droit. Pizzorusso fait une distinction entre les sources actives (*fonti attive*) et les sources passives (*fonti passive*)²⁹. Si les textes adoptés par le constituant ou par son délégué prennent forme des actes à un moment et de textes écrits, il existe d'autres principes, règles et valeurs qui sont reconnus parmi les juristes et les acteurs constitutionnels sans texte précis. L'historien du droit, Brian Simpson, a expliqué que le droit s'est constitué sous forme d'un corpus de pratiques et d'idées suivies par les juristes³⁰. La liste des sources de droit est rarement énumérée dans un texte juridique, mais est reconstruite en faisant acte de ce que les juristes font dans l'interprétation et l'application du droit. Les formulations des principes, des valeurs et des objectifs constitutionnels sont provisoires et font l'objet d'élaboration ultérieure comme partie du « tissu de pensée » constitutionnel³¹. Les juristes analysent ces formulations pour en assurer la conformité avec la tradition constitutionnelle et c'est ce corpus qui constitue la Constitution normative³².

Pizzorusso donne comme exemple le statut du droit européen en droit italien. Le traité de Rome de 1957 n'était pas clair sur le caractère suprême du droit communautaire. Dans un premier temps, la Cour constitutionnelle italienne considérait que le droit national subséquent prévalait sur le droit communautaire³³. Mais après l'arrêt *Sinimithal*³⁴, la Cour a décidé que le droit communautaire prévalait³⁵. Ensuite, la Cour a modifié sa position pour insister sur le fait que le droit européen ne pouvait violer ni les principes fondamentaux de la Constitution italienne, ni les droits fondamentaux³⁶. En France et au Royaume-Uni, on a vu le même débat avec des solutions similaires – un mouvement de la reconnaissance de la priorité du droit national sur la suprématie du droit de l'Union européenne³⁷. Ces mouvements nationaux se développaient sans changement de textes nationaux ou européens³⁸, mais par voie d'un consensus des juristes nationaux à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice. Lorsque le juriste ou le juge donne une opinion sur le statut du droit européen en droit interne, il ne suffit pas de citer un texte, il lui faut justifier son argument en démontrant sa conformité avec l'*opinio iuris*, l'opinion dominante de la communauté des juristes³⁹. Les sources de la constitution en la matière sont plus floues que les textes, mais ne sont pas pour autant arbitraires.

Cette analyse n'a rien d'étrange. Lorsque le juriste cite une disposition du Code civil, il fait référence non seulement au texte, mais aussi à l'ensemble de la jurisprudence et de la doctrine qui l'a élaboré depuis plus de deux siècles. Le texte n'est que le porteur indicateur des normes juridiques applicables. Il en va de même avec la Constitution. Même si elle contient un ou plusieurs textes écrits, la Constitution est plus large. Comme un ensemble normatif cohérent, la Constitution a besoin des éléments non écrits pour donner de la chair aux os, pour combler les lacunes, et pour la mettre au jour.

La légitimité du recours à des sources non écrites de la Constitution résulte de la nécessité juridique. Mais le constituant garde le contrôle ultime – il peut modifier la Constitution pour revenir sur une interprétation ou une évolution jugée inacceptable. C'est ce contrôle subséquent du constituant au lieu de l'approbation préalable qui résout le problème apparent du manque de légitimité des sources non-écrites de la Constitution.

33. Corte cost., 30 oct. 1975, n° 232, *Frontini*, Foro Italian° 1975, I, 2661.

34. Affaire 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato c/ Sinimithal* (n° 2) [1978] ECR 629.

35. Corte cost., 8 juin 1984, n° 170, *Granital c/ Ministero delle Finanze*, Foro Italian° 1984, I, 2062.

36. Corte cost., 13 juill. 2007, n° 284, <http://www.giurcost.org/decisioni/2007/10284-07.html>.

37. Cass., ch. mixte, *Société des cafés Jacques Vabre*, D. 1975, p. 497 concl. Touffait; Cons. const., 21 oct. 1988, *Ass. Nat. Val d'Osse 5^e circ.*, Rec. p. 183; CE, 1^{er} mars 1968, *Semoules de France*, n° 62814, concl. Questiaux; CE, ass., 22 déc. 1978, *Ministre de l'Intérieur c/ Coln-Bendit, Lebon*, p. 524; CE, ass., 20 oct. 1989, *Nicola, Rec. Lebon*, p. 190 concl. Frydman; RFDA 1989, p. 824 note Genevois. Pour le Royaume-Uni: H.W.R. Wade, « Sovereignty and the European Communities », *L.Q.R.* 1972, I, n° 88; *R (Factorame Ltd) v Secretary of State for Transport* (N° 2) [1991] 1 AC 603.

38. Même s'il y en a eu des modifications de texte ultérieures.

39. J. Bell, *C.L.J.* 2018, p. 41.

29. A. Pizzorusso, *Law in the Making. A Comparative Study*, Berlin 1988, p. 18.

30. A.W.B. Simpson, « The Common Law and Legal Theory » in A.W.B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, Oxford University Press Oxford, 1973, pp. 94-95.

31. T.R.S. Allan, *The Sovereignty of Law*, Oxford University Press Oxford, 2013, p. 49.